COLECCIÓN JUS LABORAL

UNIVERSIDAD CATÓLICA de Colombia
Vigilada Mineducación

Derecho Laboral en Colombia

• Luis Adolfo Diazgranados Quimbaya y
Eduardo Andrés Perafán Del Campo (Eds.)
• Luis Fernando Vallecilla Baena
• Carlos Manuel Diazgranados Quimbaya
• Sehir Gómez Escobar • Juan Diego Montenegro Timón
• Javier Eduardo Almanza Junco

LABORAL 8

COLECCIÓN JUS LABORAL

JUS-Laboral es la colección que presenta los resultados de investigación, reflexión y análisis sobre las problemáticas del derecho laboral actual, propiciando y abriendo espacios para la consulta, la discusión y la divulgación de los aspectos que afectan a la comunidad en lo pertinente a esta rama del derecho.

De esta manera, y en reconocimiento de la importancia que tiene el derecho laboral para la defensa de los derechos de los trabajadores y su injerencia en el desarrollo social del país, la Universidad Católica de Colombia pone a disposición de la comunidad educativa y de la sociedad en general esta colección.

Otros títulos en esta colección:

- Discapacidad: tratamiento laboral y protección social
- Régimen laboral del derecho deportivo colombiano
- Régimen de pensiones en las convenciones colectivas de trabajo
- El derecho internacional laboral
- El acoso laboral. Análisis conceptual y comparado

Luis Adolfo Diazgranados Quimbaya (editor). Magíster en Administración de la Seguridad Social. Especialista en Derecho Laboral y Seguridad Social y en Derecho Administrativo. Abogado. Profesor universitario y Procurador Delegado para la Salud, la Protección Social y el Trabajo Decente.

Eduardo Andrés Perafán Del Campo (editor). Doctorando en Ciencias Sociales. Magíster en Estudios Políticos e Internacionales. Politólogo. Director de la revista científica Novum Jus y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Luis Fernando Vallecilla Baena. Especialista en instituciones jurídicas de la seguridad social y en pedagogía y docencia. Abogado. Profesor de la Universidad Católica de Colombia.

Carlos Manuel Diazgranados Quimbaya. Magíster en Administración de la Seguridad Social. Especialista en Derecho Laboral y de la Seguridad Social. Abogado. Profesor universitario.

Sehir Gómez Escobar. Abogado. Profesor de la Universidad Católica de Colombia.

Juan Diego Montenegro Timón. Magíster en Administración. Especialista en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social. Abogado. Profesor universitario

Javier Eduardo Almanza Junco. Magíster en Derecho Laboral y Seguridad Social. Especialista en Derecho Público, en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y en Instituciones Jurídicas de la Seguridad Social. Abogado. Coordinador del área de Derecho Laboral y de la Seguridad de la Universidad del Rosario. Profesor universitario.

Luis Adolfo Diazgranados Quimbaya y Eduardo Andrés Perafán Del Campo (Eds.)
• Luis Fernando Vallecilla Baena • Carlos Manuel Diazgranados Quimbaya
• Sehir Gómez Escobar • Juan Diego Montenegro Timón
• Javier Eduardo Almanza Junco

Derecho Laboral en Colombia

IUS

LABORAL 8

UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Vallecilla Baena, Luis Fernando
Derecho Laboral en Colombia / Luis Fernando Vallecilla Baena, Carlos Diazgranados Quimbaya, Sehir Gómez Escobar, Juan Diego Montenegro Timón, Javier Eduardo Almanza Junco ; Luis Adolfo Diazgranados Quimbaya, Eduardo Andrés Perafán del Campo (Editores).—Bogotá : Universidad Católica de Colombia, 2018
182 páginas. – (Colección Jus Laboral ; no. 8)
ISBN: 978-958-5456-30-3 (impreso)
ISBN: 978-958-5456-31-0 (digital)

I.Título II. Serie III. Diazgranados Quimbaya, Carlos V. Gómez Escobar, Sehir VI. Montenegro Timón, Juan Diego VII. Almanza Junco, Javier Eduardo VIII. Diazgranados Quimbaya, Luis Adolfo (editor) VIII. Perafán del Campo, Eduardo Andrés (editor)

1. DERECHO LABORAL-COLOMBIA

Dewey 341.876. ed. 21

Proceso de arbitraje
1er concepto
Evaluación: 12 de febrero de 2018

2do concepto
Evaluación: 28 de febrero de 2018

© Universidad Católica de Colombia
© Luis Adolfo Diazgranados Quimbaya (ed.)
© Luis Fernando Vallecilla Baena
© Carlos Manuel Diazgranados Quimbaya
© Sehir Gómez Escobar
© Juan Diego Montenegro Timón
© Javier Eduardo Almanza Junco
© Eduardo Andrés Perafán Del Campo (ed.)

Primera edición, Bogotá, D. C.
Junio de 2018

Dirección Editorial
Stella Valbuena García

Coordinación Editorial
María Paula Godoy Casasbuenas

Corrección de estilo
Ángela Robles Laguna

Diseño de colección
Juanita Isaza

Diagramación
Mauricio Salamanca

Publicación digital
Hipertexto Ltda.
www.hipertexto.com.co
Bogotá, D. C., Colombia

Impresión
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.
Bogotá, D. C., Colombia

Cómo citar esta obra

En APA:
Diazgranados Quimbaya, L. A., Vallecilla Baena, L. F., Diazgranados Quimbaya C. M., Gómez Escobar, S., Montenegro Timón, J. D., Almanza Junco, J. E. (2018). *Derecho Laboral en Colombia.* (L. A. Diazgranados Quimbaya, & E. A. Perafán del Campo, Eds.). Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia.

En Chicago:
Diazgranados Quimbaya, Luis Adolfo, Luis Fernando Vallecilla Baena, Carlos Manuel Diazgranados Quimbaya, Sehir Gómez Escobar, Juan Diego Montenegro Timón, Javier Eduardo Almanza Junco. *Derecho Laboral en Colombia*. Editado por Luis Adolfo Diazgranados Quimbaya y Eduardo Andrés Perafán Del Campo. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia, 2018.

Facultad de Derecho
Carrera 13 N° 47-49
Bogotá, D. C.
derecho@ucatolica.edu.co

Editorial
Universidad Católica de Colombia
Av. Caracas 46-72 piso 5
Bogotá, D. C.
editorial@ucatolica.edu.co
www.ucatolica.edu.co

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni total ni parcialmente o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin el permiso previo del editor.

Hecho el depósito legal
© Derechos reservados

UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Facultad de Derecho

Grupo de investigación
Derecho público y TIC

Línea de investigación
Derecho laboral

Proyecto de investigación
Transformación del Derecho Público en la actualidad, Fase II.

Resumen

Esta obra recoge importantes discusiones que invitan a reflexionar respecto a la situación del Derecho Laboral en Colombia. Dichos aportes se consolidan como importantes soportes para estudiosos de las ciencias jurídicas y en general para quienes guardan relación con el quehacer del Derecho en materia laboral. A lo largo de este libro, los lectores encontrarán contribuciones que orbitan alrededor de la nueva concepción de los principios del Derecho Laboral y su aplicación en la sociedad actual. Igualmente, en el cuerpo de este trabajo se desarrollan importantes aportes que tienen como núcleo la identificación y el tratamiento del contrato realidad y del régimen económico del Derecho Laboral. Finalmente, se incorporan elementos que permiten comprender y divisar un panorama claro respecto al debido proceso disciplinario laboral y la intermediación y tercerización laboral. Se espera que esta obra sea del más profundo agrado y utilidad para todos sus lectores.

Palabras clave

Derecho laboral – principios - relación laboral- contrato de trabajo- teletrabajo- proceso disciplinario laboral- intermediación – tercerización laboral- empleador- trabajador- régimen económico-

Abstract

This book is a collection of important discussions which invite reflection with respect to the state of Labor Law in Colombia. These contributions are consolidated as valuable reference material for scholars of legal science and more generally for those with a connection to the law of labor matters. Throughout this book, readers will encounter material regarding the new conception of the principles of Labor Law and its application in today's society. At the same time, the body of this work develops contributions which have at their core the identification and treatment of the "contrato realidad" and the economic regimen of Labor Law. And finally, it incorporates elements that allow us to understand and obtain a clear overview of due disciplinary process in labor disputes, mediation, and third-party resolution. This book should be of great use and appeal to all readers.

Keywords

Labor Law - principles - labor relations - work contracts - telecommuting - workplace disciplinary process - mediation - third-party resolution - employer - employee - economic regimen

CONTENIDO

Prólogo 11

Capítulo 1. Aplicabilidad de los principios en el nuevo Derecho Laboral 15
Introducción 15
Alcance de los principios del Derecho Laboral 16
Coordinación económica y equilibrio social 18
Igualdad de oportunidades para los trabajadores 19
Principio tuitivo 21
Primacía de la realidad frente a las formalidades 23
Conclusión 25
Bibliografía 25

Capítulo 2. La relación laboral y el contrato de trabajo 27
Introducción 27
La relación de trabajo 28
El Trabajo, la Teoría de la Relación de Trabajo y el Derecho Laboral 28
Elementos de la relación laboral 44
El contrato de trabajo 51
Concepto 51
Elementos esenciales del contrato de trabajo 52
Elementos accidentales del contrato de trabajo 60
La discusión actual 61
La flexibilización laboral frente a la constitucionalización del Derecho del Trabajo 61

Conclusiones 65
Bibliografía....67

Capítulo 3. Precisiones conceptuales e implementación práctica del teletrabajo....71
Introducción 71
El teletrabajo....72
Conclusiones 90
Bibliografía....90

Capítulo 4. Régimen económico del contrato de trabajo....95
Introducción....95
Régimen económico del Derecho Laboral 96
El Salario 97
¿Cuáles son los pagos que constituyen salario? 98
Salario fijo 98
Salario variable 98
Remuneración extraordinaria 99
Remuneración en especie 99
Pagos que no constituyen salario....104
Salario mínimo legal mensual vigente 105
¿Qué es el salario mínimo legal mensual vigente?....105
¿Qué es el salario mínimo convencional? 105
Salario integral 106
¿Qué es el salario integral?....106
¿Puede pactarse salario integral incluyendo salario en especie?....106
¿Cómo se pacta el salario?....107
¿Quién paga el salario?....107
¿A quién se paga el salario?....107
¿Cuándo se paga el salario?....107
¿Cómo se paga el salario? 108
¿Dónde se hace el pago?....108
Salario sin prestación del servicio por parte del trabajador....108
¿Cómo se paga el salario del trabajador que desaparece o es secuestrado?....108
El auxilio de transporte....111
¿Qué es el auxilio de transporte?....111
Prestaciones sociales 112
¿Qué son las prestaciones sociales?....112
Prestaciones sociales a cargo del empleador 112
Prestaciones sociales a cargo de la Seguridad Social 113

Prestaciones sociales a cargo de las Cajas de Compensación Familiar.....113
El auxilio de cesantía.....113
¿A cuánto equivale el auxilio de cesantía?.....113
El sistema tradicional o de la retroactividad.....114
El sistema de la Ley 50 de 1990.....118
Auxilio de cesantías de un trabajador por días.....121
Intereses sobre la cesantía.....122
Prima de servicios.....125
Las vacaciones.....127
Indemnizaciones a cargo del empleador por terminación injusta del contrato de trabajo.....130
Conclusiones.....135
Bibliografía.....136

Capítulo 5. El debido proceso disciplinario laboral.....137
Introducción.....137
Antecedentes.....138
Principios que rigen el debido proceso disciplinario laboral.....144
Legalidad.....144
Tipicidad.....145
El derecho a la defensa.....147
Derecho de contradicción y de controversia de la prueba.....148
Los principios de la doble instancia y la imparcialidad.....148
La presunción de inocencia.....149
El principio de non bis in ídem.....149
Sanciones aplicables.....150
Procedimiento para aplicar sanciones disciplinarias.....153
Procedimiento para terminar un contrato de trabajo, con justa causa, por parte del empleador.....156
Conclusión.....165
Bibliografía.....166

Capítulo 6. Intermediación y tercerización laboral: relaciones contractuales y cumplimiento de los derechos mínimos laborales irrenunciables del trabajador.....167
Introducción.....167
Origen normativo y permanencia en el tiempo de las figuras asociadas a la intermediación y tercerización laboral.....170
Antecedentes de la configuración normativa de las Cooperativas de Trabajo Asociado – CTA–.....171

Expansión de las formas tercerizadas de contratación laboral en Colombia 173
Ley 454 de 1998 174
Intermediación laboral, agencias de empleo y empresas de servicios temporales..175
Agencias de empleo.....176
Empresas de servicios temporales 177
Conclusiones 180
Bibliografía.....182

PRÓLOGO

Juan Carlos Cortés González

Las dinámicas laborales son altamente cambiantes, dependen de los contextos sociales, económicos, políticos y culturales en los que se desarrollan. Por lo tanto, requieren la implementación de cambios progresivos que aseguren tanto la adaptación de los mercados como la garantía de los derechos de los trabajadores, permitiendo una dinámica de equilibrio social y garantía de una coordinación económica que resulte justa para una sociedad como la colombiana.

Este equilibrio social requiere adecuar los postulados del Derecho Laboral con las necesidades de una economía globalizada como la que se tiene actualmente, de manera que no se desconozcan las luchas que han emprendido los trabajadores por lograr condiciones dignas y justas en el desarrollo de su actividad.

El esfuerzo académico, en este sentido, es de especial importancia, pues permite un espacio de reflexión sobre estas temáticas, a la vez que aterriza varios postulados de gran interés para el estudio y desarrollo de las relaciones laborales.

La presente compilación resulta de la articulación de varios esfuerzos individuales que, unidos, resultan en un tratado que atiende a estas necesidades actuales del Derecho Laboral. Así mismo, buscan seguir consolidando los logros de los trabajadores, al mismo tiempo que seguir armonizando con el contexto económico y social actual.

Esta importante obra inicia con una contribución primordial sobre la nueva concepción de los principios del Derecho Laboral y su aplicación en la sociedad

actual, lo que resulta de especial importancia para estudiantes y docentes, y pretende acercar a la nueva interpretación de los fundamentos mismos del Derecho Laboral.

Por otra parte, se destacan valiosas contribuciones para el Derecho Laboral, como son los aportes en la identificación y el tratamiento del contrato realidad y del régimen económico del Derecho Laboral, los cuales constituyen un soporte fundamental para los estudiantes de Derecho y cuyo valor práctico en el ejercicio del mismo sobresale para los laboralistas y para quienes vayan a ejercer esta actividad a futuro.

Uno de los temas que más modificaciones ha tenido, y que ha constituido un reto innegable para los empleadores, es el tratamiento que se debe dar a las infracciones, omisiones o faltas constituidas por los trabajadores en el ejercicio de su actividad laboral. Dicho tratamiento debe garantizar un debido proceso, que asegure la validación de la falta y permita al empleador un blindaje frente a la adecuada confirmación de la misma. Este ejercicio, emprendido a partir de un análisis serio y acucioso de la normatividad y la jurisprudencia en la materia, se convierte en un elemento de innegable importancia tanto para la academia como para los empleadores y trabajadores, de manera que se asegure el derecho fundamental al debido proceso, de la mano de la ejecución de sanciones que resulten pertinentes para la adecuada práctica de la actividad laboral.

Entre los temas recientes, y que mayor valor han aportado al desarrollo del Derecho Laboral, se destacan la implementación del teletrabajo y la identificación de las conductas de acoso laboral, los cuales son tratados en la presente compilación con el rigor académico y la apreciación práctica que se requiere para los mismos. Se espera que resulten útiles para la comunidad a la cual se dirigen y que permitan una mejor apreciación de sus efectos para el entorno laboral.

Para finalizar, pero continuando con esta misma línea frente a temas actuales del Derecho Laboral, la presente compilación aborda un tema de trascendental importancia frente a la economía y las nuevas dinámicas sociales: la intermediación laboral y la tercerización. Estas situaciones, si bien han resultado indispensables para la ejecución del trabajo en el contexto actual, implican la proposición de nuevas preguntas frente a la garantía de los derechos irrenunciables de los trabajadores. Este tema, claramente abordado y analizado por su autor, nos permite

aclarar los límites de la gestión que resultan necesarios para la implementación adecuada de estas nuevas formas de contratación laboral.

El presente texto liderado por el doctor Luis Adolfo Diazgranados, permite una visión amplia y actualizada de lo que es el Derecho Laboral: sus prácticas, sus complejidades y sus nuevos retos frente a las dinámicas sociales y económicas contemporáneas, con una perspectiva práctica que resulta útil para estudiantes, abogados, empleadores, trabajadores y cualquier persona que se encuentre interesada en conocer más a fondo esta importante rama del Derecho.

Esta es una invitación a la comunidad educativa, a los abogados laboralistas, a los empleadores, a los trabajadores y a todas las personas interesadas, a que consulten la presente compilación y a que aporten, como lo han hecho los ilustres docentes que han participado en esta iniciativa, en la construcción de un Derecho Laboral que atienda los intereses de los trabajadores y de los empleadores y que ayude a consolidar a Colombia como un país altamente competitivo y garante de los derechos laborales.

APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS EN EL NUEVO DERECHO LABORAL

1

Luis Adolfo Diazgranados

Introducción

El Derecho Laboral y de Seguridad Social es quizá uno de los que tienen más inclinación garantista y frente al cual cobra una especial importancia la aplicabilidad de los principios generales del Derecho, así como de aquellos que son propios de esta rama. Sin embargo, el Derecho no es estático, y menos el Laboral, en el que la versatilidad, movilidad y actualización del sistema jurídico son fundamentales debido a su alto contenido social y a la incidencia que tienen sobre el mismo las reformas políticas del sector.

Los principios, entendidos como axiomas esenciales en los cuales se cimienta el sistema jurídico, y que son mandatos de optimización para la aplicación de normas jurídicas, han sido objeto de variados estudios en la reciente bibliografía dentro de la Filosofía del Derecho, por lo que, dada su actualidad e importancia, cobran un especial interés para un estudio en esta materia.

El Derecho Laboral, dado su contenido altamente garantista -de cara a las necesidades y requerimientos de los trabajadores-, merece un especial estudio de los principios que le resultan aplicables, así como del grado de los mismos. Debido a las nuevas dinámicas del Derecho Laboral, aspectos como la movilidad, la migración, la intermediación y la temporalidad de los vínculos laborales, más

dependientes de las dinámicas del mercado que de las condiciones del trabajo, han impuesto la necesidad de replantear la interpretación de los principios vigentes y de adecuar unos nuevos, para responder a las necesidades de este Derecho en el marco del mercado.

Así las cosas, principios como la estabilidad laboral, la libertad de trabajo, el equilibrio social, la igualdad, la irrenunciabilidad y el mínimo de derechos y garantías, cobran una nueva dimensión con las dinámicas sociales, económicas y judiciales actuales.

Este estudio requiere entonces de un escenario especial de ejecución, que garantice la totalidad de los derechos de los trabajadores, sin desconocer las condiciones especiales en las cuales se desarrollan las nuevas dinámicas del mercado, especialmente en una sociedad capitalista y con un alto porcentaje de políticas neoliberales.

En este sentido, a continuación se analizarán los principios de equilibrio económico y social, el principio de igualdad de oportunidades, el principio tuitivo y el principio de primacía de la realidad sobre las formas, los cuales se destacan por la alta importancia que tienen para el desarrollo del Derecho Laboral y que presentan, en el contexto actual, mayores retos a asumir.

Alcance de los principios del Derecho Laboral

El marco jurídico de los principios del Derecho Laboral encuentra su fundamento principal en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, el cual indica:

> El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios

de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. (Subrayado fuera del texto original).

Esta disposición, si bien obliga al Congreso a expedir el Estatuto del Trabajo, sin que hasta el momento tal disposición haya sido emitida, determina algunos principios que son de obligatorio cumplimiento en el contexto jurídico colombiano y que se analizarán de manera detallada con el fin de ver el alcance normativo de cada uno de ellos.

Además de esta disposición de la Constitución Política, el Código Sustantivo del Trabajo contiene varios artículos donde proclama los principios básicos aplicables al Derecho Laboral, los cuales se estudiarán a continuación:

ARTÍCULO 1o. OBJETO. La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre {empleadores} y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social […]

ARTÍCULO 2o. APLICACIÓN TERRITORIAL. El presente Código rige en todo el territorio de la República para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad […]

ARTÍCULO 7o. OBLIGATORIEDAD DEL TRABAJO. El trabajo es socialmente obligatorio […]

ARTÍCULO 8o. LIBERTAD DE TRABAJO. Nadie puede impedir el trabajo a los demás, ni que se dediquen a la profesión, industria o comercio que les plazca, siendo lícito su ejercicio, sino mediante resolución de autoridad competente encaminada a tutelar los derechos de los trabajadores o de la sociedad, en los casos que se prevean en la ley […]

ARTÍCULO 9o. PROTECCIÓN AL TRABAJO. El trabajo goza de la protección del Estado, en la forma prevista en la Constitución Nacional y las leyes. Los funcionarios públicos están obligados a prestar a los trabajadores una debida y oportuna protección para la garantía y eficacia de sus derechos, de acuerdo con sus atribuciones […]

ARTÍCULO 10. IGUALDAD DE LOS TRABAJADORES Y LAS TRABAJADORAS. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1496 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Todos los trabajadores y trabajadoras son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, en consecuencia, queda abolido cualquier tipo de distinción por razón del carácter intelectual o material de la labor, su forma o retribución, el género o sexo salvo las excepciones establecidas por la ley […]

> ARTÍCULO 11. DERECHO AL TRABAJO. Toda persona tiene derecho al trabajo y goza de libertad para escoger profesión u oficio, dentro de las normas prescritas por la Constitución y la Ley […]
>
> ARTÍCULO 12. DERECHOS DE ASOCIACIÓN Y HUELGA. El Estado colombiano garantiza los derechos de asociación y huelga, en los términos prescritos por la Constitución Nacional y las leyes […]
>
> ARTÍCULO 13. MÍNIMO DE DERECHOS Y GARANTÍAS. Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca este mínimo […]
>
> ARTÍCULO 14. CARÁCTER DE ORDEN PÚBLICO. IRRENUNCIABILIDAD. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley […]
>
> ARTÍCULO 15. VALIDEZ DE LA TRANSACCIÓN. Es válida la transacción en los asuntos del trabajo, salvo cuando se trate de derechos ciertos e indiscutibles […]
>
> ARTÍCULO 21. NORMAS MÁS FAVORABLES. En caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. La norma que se adopte debe aplicarse en su integridad. (Subrayado fuera del texto original).

Estas disposiciones, aunque separadas, regulan conjuntamente los aspectos que resultan fundamentales para el Código Sustantivo del Trabajo y, por lo tanto, para la aplicación de las normas del Derecho Laboral. Por ello, se analizarán de acuerdo al marco normativo y jurisprudencial que les resulta aplicable.

Coordinación económica y equilibrio social

El postulado de coordinación económica y justicia social se fundamenta en el objeto mismo del Derecho Laboral, al buscar la equidad entre empleadores y trabajadores, reconociendo de esta manera la existencia de dos clases sociales: la de los primeros, identificada como aquella que posee los medios de producción; y la de los segundos, que es la de quienes proveen, a cambio de un salario, sus capacidades, conocimientos y aptitudes físicas e intelectuales, para mantener y hacer más productivos los medios con los que cuenta el empleador.[1]

1 Jorge Eduardo Lamo Gómez, *El sentido del trabajo en las sociedades contemporáneas: visión introductoria al derecho del trabajo en la legislación colombiana* (Bucaramanga: Editorial UNAB, 2003).

Este principio se torna fundamental, en tanto crea, a través de una ficción jurídica, una igualdad material entre empleadores y trabajadores, que respalda a estos últimos con disposiciones como la aplicación de la norma más favorable, la protección al trabajo y la garantía de unos derechos mínimos irrenunciables.

Aunadas a este principio se encuentran: la obligatoriedad del trabajo, en cuanto obligación social; la libertad del trabajo, concebida como la elección libre de profesión u oficio; y la determinación de las condiciones para la ejecución de una actividad laboral. El principio de coordinación económica y de equilibrio social, aunque esencial para el desarrollo del proyecto vital del ser humano, es uno de los que más se ha visto condicionado por las dinámicas de la ley de la oferta y la demanda, especialmente por la proliferación de perfiles similares para las mismas áreas de conocimiento, lo cual impide que el factor económico deje de ser un elemento que condicione esta libertad plena de trabajo.

En esta misma línea, la protección al trabajo y el reconocimiento, como derechos de carácter social promulgados desde el preámbulo mismo de la Constitución, cobran una especial importancia de cara a evitar los abusos que se puedan cometer por parte de quien detenta los medios de producción, así como para crear cada vez mejores condiciones laborales para los trabajadores.

Así las cosas, este postulado de equilibrio económico y social, al abarcar el objeto mismo del Derecho Laboral, contiene en su formulación toda la política pública que comprende la necesidad de proteger a los trabajadores y de asegurar la debida ejecución del contrato, de acuerdo a las necesidades de los empleadores.

Igualdad de oportunidades para los trabajadores

La igualdad, entendida desde su esfera material, requiere del despliegue de diversas actividades que garanticen su efectividad. En el ámbito laboral hace referencia básicamente al postulado de: "a trabajo igual, salario igual", independientemente de las condiciones de raza, sexo, religión, ideología, orientación sexual o cualquier otro rasgo que no guarde relación con las capacidades intrínsecas del trabajador para el desarrollo de la labor para la cual fue contratado.

Para la OIT este ha sido un tema de especial relevancia, por lo que se destacan principalmente los siguientes dos convenios:

- Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100). Este Convenio estipula que los Estados que lo ratifiquen deben garantizar a todos los trabajadores la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre hombres y mujeres por un trabajo de igual valor. Cobra especial importancia, teniendo en cuenta que en el mundo las diferencias salariales entre hombres y mujeres se mantienen con una disparidad de por lo menos 2/3 de salario, teniendo las mujeres una ejecución del trabajo de alrededor de 10 horas adicionales a la semana.[2]
- Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111). Este Convenio define la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia, basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social, que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. Además, dispone que los Estados que lo ratifiquen, formular y llenar a cabo una política nacional que promueva, mediante métodos adecuados a las condiciones y a las prácticas nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación al respecto.

Esta disposición cobra especial importancia frente a la inclusión de población vulnerable, como aquella en condición de discapacidad y menor de edad. Sumado a esto, particularmente en Colombia se enfrentan nuevos retos, como la inclusión de la población en condición de desplazamiento, de los reinsertados, de la población rural y de todos aquellos que en el marco del postconflicto tengan que ser incluidos en el marco laboral.

También se destacan convenios como el 154 de 1981, sobre trabajadores con responsabilidades familiares, mediante el cual se busca instar a los Estados parte para que permitan a las personas con cargas familiares asumir las mismas y ser incluidas en medios laborales sin discriminación. Por otra parte, se encuentra el Convenio 111 de 1958, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, en el cual se describen y definen los actos que se consideran como discriminatorios en el lugar de trabajo.

2 ONU Mujeres, acceso el 4 de noviembre de 2015, http://mesadegenerocolombia.org/site/index.php?option=com_content&view=article&id=68&Itemid=80

Por último, cabe mencionar convenios como el 118 de 1962, sobre igualdad de trato (seguridad social), así como el 19 de 1925, sobre igualdad de trato frente a accidentes de trabajo. Ambos están enfocados en brindar plenas garantías, de forma equitativa, a todos los trabajadores, de cara a los riesgos sociales a los cuales se ven enfrentados.

La igualdad real es quizá uno de los retos más importantes en el Derecho Laboral actual, por lo que la materialización de la misma debe propenderse, en las sociedades contemporáneas, a partir del reconocimiento de la inclusión laboral de la mujer y de la garantía de la inclusión efectiva de población diversa, aspecto que resultará de especial importancia en el marco del postconflicto y que será determinante para mantener y consolidar la paz.

Principio tuitivo

El principio tuitivo o protector hace referencia a la garantía jurídica que se otorga a los trabajadores, para el reconocimiento de la situación que les resulte más beneficiosa, evitando que los cambios normativos o las interpretaciones jurídicas amenacen la eficacia en la garantía de sus derechos.[3]

De igual forma, este principio busca evitar que los acuerdos que se hagan entre las partes menoscaben la libertad, los derechos mínimos e irrenunciables de los trabajadores y las condiciones básicas laborales de las que deben gozar.

El principio tuitivo o protector consta de dos manifestaciones fundamentales: una relacionada con el principio de favorabilidad y otra con el principio denominado *In Dubio Pro Operario*. Ambos están dirigidos a garantizar la mejor apropiación, por parte del operador jurídico, de los derechos mínimos de los trabajadores y a mejorar en lo posible la aplicación de las disposiciones normativas.

En variada jurisprudencia, las Altas Cortes se han manifestado sobre la correcta aplicación de este principio, de manera que se garantice la unificación de estos postulados. Mediante Sentencia C-168 de 1995, la Corte Constitucional manifestó que,

> cuando una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, es deber de

3 Ricardo Baraona Betancourt, "Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano", *Revista Criterio jurídico garantista* 2 (2010).

> quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa o favorezca al trabajador. La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador.

El principio *In Dubio Pro Operario,* manifiesta que toda duda ha de resolverse en favor del trabajador, porque en este caso tan solo existe un precepto que reglamenta la situación que va a evaluarse y, como admite distintas interpretaciones, se ordena prohijar la que resulte más favorable al trabajador. Entonces se ve que la favorabilidad resulta aplicable cuando hay varias fuentes de Derecho, mientras que en el principio *pro operario* basta una fuente que admita interpretaciones diversas.

En materia de seguridad social, especialmente en pensiones, al ser un régimen que presenta cambios sustanciales, siempre que se realizan reformas, estos principios tienen especial importancia y han surgido diversos análisis por parte de los doctrinantes frente a la garantía en la aplicación de estas normas y las disposiciones transitorias que se han creado para tal fin.

En la actualidad hay un gran avance protector que se ha tenido en materia laboral, especialmente por la acción de tutela, la cual ha impuesto nuevos retos frente a la defensa inmediata de derechos que se consideran como fundamentales y que impone un nuevo límite en la protección de los derechos de las partes en la relación laboral.

Ya está lejos el concepto de que el trabajador resulta ser la parte débil de la relación, pues en tanto mayor grado de vulnerabilidad presenta, más alto es el nivel de protección que le otorgan la legislación y los operadores jurídicos, por lo que muchas veces el empleador resulta asumiendo cargas adicionales que impiden la libertad de empresa.[4]

La tarea de este operador jurídico, en el marco de protección actual, resulta entonces de especial importancia y, como se manifestó en Sentencia T-01 de

4 Diego Valdivieso Rueda, "No podemos seguir entendiendo equivocadamente el principio de favorabilidad en el Derecho Laboral", *Revista Ámbito Jurídico. Legis* (2013).

1999, el juez debe fallar bajo los postulados constitucionales, evitando una decisión arbitraria que pueda afectar el equilibrio en las relaciones laborales.

Así las cosas, fallos de tutela en los cuales se ordena el reintegro de los trabajadores, el pago de indemnizaciones no probadas y demás sanciones hacia el empleador, que resultan en actividades no previstas en las normas o de carácter económico que exceden el marco de protección de la acción de tutela, deben ser evaluadas en el contexto actual, pues evidentemente desmotivan la formalización laboral y alteran el equilibrio social, tan caro para los cimientos mismos del Derecho Laboral.[5]

Primacía de la realidad frente a las formalidades

Los principios analizados anteriormente parten, en su aplicación, del reconocimiento de la existencia de una relación laboral, en la cual son manejables todos estos postulados del Derecho Laboral. Pero ¿qué sucede cuando aún no hay reconocimiento frente a la existencia de una relación laboral? ¿Cómo aplicar todos estos postulados cuando no se parte de la existencia de una relación regida por los parámetros de prestación personal del servicio, subordinación y remuneración?

Las nuevas dinámicas del Derecho Laboral conllevan a que cada vez resulte más frecuente esta situación y, por ello, se acuda al uso del trabajo bajo figuras no laborales, como lo son los contratos civiles o la contratación por medio de Cooperativas de Trabajo Asociado, las cuales son formas autónomas e independientes en que se ejecuta una labor y que, haciendo un uso correcto de las mismas, facilitan la realización de determinadas actividades y favorecen las libertades individuales.

Para la Corte Constitucional, mediante Sentencia T-287 de 2011,

> el principio de primacía de la realidad sobre las formas implica la garantía de los derechos de los trabajadores más allá de las condiciones que formalmente se hayan pactado. En ese sentido, puede hablarse de la existencia de una relación jerárquica de trabajo cuando la realidad del contexto demuestre que "una persona natural aparece prestando servicios personales bajo continuada subordinación o dependencia a otra persona natural o jurídica"; de ese modo nacen derechos y obligaciones entre las partes, que se ubican en el ámbito de la regulación laboral ordinaria. La noción del

5 Isabel Goyes Moreno y Mónica Hidalgo , "Principios del derecho laboral y la seguridad social en Colombia" (artículo en línea), http://islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/Colombia-Moreno.pdf.

> 'contrato realidad' se basa en una apreciación contextualizada del concepto de trabajo y no en una valoración inmaterial del mismo.

Entonces, es obligación del operador jurídico validar para la ejecución del contrato, y más allá de las formalidades dispuestas por las partes, la realidad del mismo y la forma como se manifiesta bajo los parámetros del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

Esta discusión, si bien se encuentra centrada inicialmente en contratos de prestación de servicios y en contratos verbales, en los cuales no se reconocían los derechos mínimos de los trabajadores, ha tomado diversas manifestaciones gracias al auge de relaciones no laborales, como las derivadas de las Cooperativas de Trabajo Asociado, los *outsourcing* y las formas tercerizadas de contratación.

Los criterios que debe tener en cuenta el operador jurídico al momento de determinar la existencia o no de un contrato laboral, han sido definidos por las distintas Cortes. Se destaca, por ejemplo, que para la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-555 de 1994, la prestación efectiva de actividades a favor de otro, bajo órdenes constantes, imposición de jerarquías y cumplimiento de instrucciones, es un indicio inequívoco frente a la existencia de una relación laboral.

Sin embargo, para el Consejo de Estado, en sentencia del 21 de febrero de 2002 -Sección Segunda-, el análisis debe ir más allá y debe centrarse en el cumplimiento de los tres requisitos (prestación personal del servicio, subordinación y remuneración), pues no basta determinar el cumplimiento de un horario o que el cargo esté previsto dentro de la planta de personal.

Por último, para la Corte Suprema de Justicia, un criterio fundamental para determinar la existencia de un contrato realidad es el análisis sobre si la actividad desarrollada corresponde al giro ordinario de los negocios de la empresa o si se trata de actividades transitorias, pues lo primero, para esta Alta Corporación, es un indicio de la existencia de una relación laboral.[6]

Conclusión

Los principios anteriormente analizados dan cuenta de la importancia que tienen los postulados constitucionales y legales para dar interpretación y alcance a las

6 Alcira Muñoz Osorio, "Aplicación de la primacía de la realidad sobre la formalidad en los contratos de trabajo", *Pensamiento Americano* 8 (2012), 9-14.

normas laborales. Como lo indican las Altas Cortes, esta aplicación no obedece a un parámetro caprichoso del operador jurídico, sino que, como fue analizado en el presente capítulo, hay algunos parámetros para establecer su aplicación correcta, de manera que se garantice una igualdad real entre las partes que intervienen en la ejecución de una actividad laboral.

Las dinámicas sociales y económicas actuales imponen dos nuevos retos frente a la implementación de estos mandatos de optimización, que de ninguna manera deben ser desconocidos: el primero, que tiene que ver con que el alcance de la acción de tutela no puede exceder los límites normativos, pues implicaría con ello el desconocimiento de la legislación vigente y dejaría en situación de indefensión al empleador; y el segundo, respecto a que los principios requieren de una interpretación amplia, que resulte adecuada a los parámetros sociales y legales actuales, y que se articulen con las realidades socioeconómicas de la sociedad actual.

Bibliografía

Baraona Betancourt, Ricardo. "Principios del derecho laboral en el sistema jurídico colombiano". *Revista Criterio jurídico garantista*, N. 2 (2010): 252 - 264.

Goyes Moreno, Isabel y Mónica Hidalgo. "Principios del derecho laboral y la seguridad social en Colombia" (artículo en línea), http://islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/Colombia-Moreno.pdf.

Lamo Gómez, Jorge Eduardo. *El sentido del trabajo en las sociedades contemporáneas: visión introductoria al derecho del trabajo en la legislación colombiana*. Bucaramanga: Editorial UNAB, 2003.

Muñoz Osorio, Alcira. "Aplicación de la primacía de la realidad sobre la formalidad en los contratos de trabajo". *Pensamiento Americano*, N. 8 (2012): 9-14.

Valdivieso Rueda, Diego. "No podemos seguir entendiendo equivocadamente el principio de favorabilidad en el Derecho Laboral". *Revista Ámbito Jurídico. Legis*, (2013): 1 a 10.

LA RELACIÓN LABORAL Y EL CONTRATO DE TRABAJO

2

Luis Fernando Vallecilla Baena

Introducción

En la época de la Revolución Industrial, siglos XVIII y XIX, en la cual nace la noción del trabajo asalariado, no existía la legislación laboral y la contratación básicamente se regía por el Derecho Privado, donde había absoluta libertad contractual de las partes (trabajador y empleador), como si estas fueran iguales, lo que conllevaba a que las jornadas laborales fueran extenuantes. Así mismo, el trabajo de las mujeres y de los niños era mal remunerado, cometiéndose todo tipo de injusticias con la clase trabajadora que había sido sacada de los campos para ser introducida en las grandes fábricas.

Con el Tratado de Versalles, que pone fin a la Primera Guerra Mundial, se crea la Organización Internacional del Trabajo –OIT– de 1919. Con esta se frena la injusticia social imperante y surge el Derecho Laboral, que va a ser el encargado de regular las relaciones entre empleadores y trabajadores, partiendo del principio de la desigualdad contractual de las partes y poniéndole límite a la expresión de la voluntad contractual del trabajador.

Ya para 1980 y 1990 surge una nueva corriente que trata de deslaborizar las relaciones de trabajo. Desconociendo los principios básicos del Derecho Laboral, pretende dejar que el precio del trabajo quede en manos de la oferta y la demanda,

trayendo como consecuencia, en el prosperar de esta tendencia, el empobrecimiento de la clase trabajadora.

La relación de trabajo

El Trabajo, la Teoría de la Relación de Trabajo y el Derecho Laboral

La Constitución Política de Colombia define el trabajo así: "ARTÍCULO 25. El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".

Cuando la Constitución Nacional consagra el trabajo como un derecho de carácter fundamental y tutelable, lo que dice es que el trabajo es una actividad libre, que no puede ser prohibida ni impedida a quienes quieran ejercerla y que el Estado tiene la obligación de proteger ese derecho. El trabajo es, por antonomasia, la actividad que permite el acceso a los medios de subsistencia y, por tanto, está íntimamente relacionado con la posibilidad de llevar una vida digna. Al respecto, la Corte Constitucional ha explicado que el trabajo tiene una triple connotación jurídica y política, expresando:

> La jurisprudencia constitucional ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la "lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.[7]

7 Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia C-583 de 2014, Referencia: Expediente D-10032 (Colombia, 2014), http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2014/C-593-14.htm

Conceptualmente, el trabajo se sitúa en contraposición a la esclavitud, de ahí que deba tratarse siempre de una actividad esencialmente libre y voluntaria. Incontables instrumentos internacionales han proscrito la esclavitud y los trabajos forzados como formas de explotación económica, de relación de producción o de propiedad.[8]

La Convención sobre la Esclavitud -1926-, suscrita en el marco de la Sociedad de Naciones, define la esclavitud como "el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos".[9]

Asimismo, resulta un hito histórico del principio de libertad en el trabajo, la redacción de los artículos 17 y 18 de la primera Constitución Republicana de Francia que, vislumbrada por la Asamblea Constituyente del mismo país, en 1793 establecía:

> Ninguna clase de ocupación, empleo y oficio puede ser prohibida a los ciudadanos.
> Y cada uno puede disponer a su arbitrio de su tiempo y servicio; pero no puede venderse a sí mismo ni ser vendido. Su persona es propiedad inenajenable. La ley no reconoce el estado de servidumbre; entre el que trabaja y el que emplea solamente puede existir un comercio por servicios que hayan de prestarse y la compensación que por ello haya de darse.[10]

Ese elemento de libertad, inmerso en las relaciones de trabajo, implica para los Estados democráticos una necesidad de intervención cuando este se vea coartado por la desigualdad de poder entre las partes de dicha relación.

La OIT define el trabajo como "el conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos".[11] Lo diferencia del concepto de empleo, en cuanto este último envuelve una contraprestación por el trabajo realizado, es decir, el empleo es definido como "trabajo efectuado a cambio de pago (salario, sueldo, comisiones,

8 David Weissbrodt y la Liga contra la Esclavitud. *La Abolición de la Esclavitud y sus formas contemporáneas*, (Nueva York – Ginebra: Naciones Unidas - Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002), http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf.

9 Ibid., artículo primero.

10 Guillermo Guerrero Figueroa, *El Derecho Laboral en la Nueva Constitución*, Tomo IV, Compendio de Derecho Laboral, (Bogotá: Editorial Leyer, 1995), 28.

11 Virgilio Levaggi, "¿Qué es el trabajo decente?", *Sala de Prensa* (blog), *Organización Internacional del Trabajo (OIT)*, 9 de agosto de 2004, http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang--es/index.htm.

propinas, pagos a destajo o pagos en especie)"[12] sin importar la relación de dependencia (si es empleo dependiente-asalariado, o independiente-autoempleo).

La Real Academia de la Lengua Española define el trabajo de la siguiente manera: "1) la acción y efecto de trabajar. 2.Ocupación retribuida. 3. Cosa que es resultado de la actividad humana. 6. m. Esfuerzo humano aplicado a la producción de riqueza, en contraposición al capital".[13] Por otra parte, el Diccionario de Derecho de Osorio y Florit y Cabanellas de las Cuevas dice que,

> a su vez trabajar quiere decir, entre otras cosas, ocuparse en cualquier ejercicio, obra o ministerio. Jurídicamente, esta voz tiene importancia en cuanto se refiere a las diversas modalidades de realizar esa actividad, las cuales son examinadas en otros artículos. A ese enfoque laboral estricto o predominante cabe agregar otros significados de relieve: toda obra, labor, tarea, o faena de utilidad personal o social, dentro de lo lícito".[14]

La filosofía y la ciencia explican que una relación es un vínculo, entre objetos o sujetos, que une en determinada circunstancia o naturaleza. Las relaciones entre personas adquieren importancia para la vida jurídica cuando estas producen alguna clase de efecto igualmente jurídico. Una relación laboral hace referencia al vínculo jurídico que sujeta a quien realiza una prestación laboral a favor de otra, y a esta última respecto a quien realiza la prestación a su favor.

A partir de lo preceptuado en el artículo 93 de la Constitución de 1991, la jurisprudencia de la Corte Constitucional construyó el concepto de bloque de constitucionalidad, según el cual en el ordenamiento jurídico deben prevalecer los tratados internacionales que versan sobre Derechos Humanos y cuya limitación está prohibida en los Estados de excepción, como los convenios de la OIT y las recomendaciones de sus órganos de control.

Como consecuencia, la fuente principal del ordenamiento laboral colombiano es la Constitución Política, que instituye, en su artículo 2, que los fines esenciales del Estado son proteger la vida, la honra, los bienes, las creencias y libertades de las personas residentes en Colombia. Así mismo, más adelante señala: en el artículo 38, los 25 fundamentos del Derecho Colectivo del mundo del trabajo o

12 Ibid., 9.

13 *Real Academia Española (RAE)*, 23.ª ed. Madrid: Espasa Libros, 2014.

14 *Diccionario de Derecho de Manuel Ossorio y Florit y Guillermo Cabanellas de Las Cuevas*, 1ª ed., Buenos Aires: Heliasta, 2007.

laboral y 6 derechos de asociación; en el artículo 39, el derecho de asociación sindical y el reconocimiento sin intervención del Estado; en el artículo 53, los derechos de los trabajadores; en el artículo 55, la negociación colectiva; en el artículo 56, el derecho de huelga; y en el artículo 57, la participación de los trabajadores en la gestión de empresa.[15]

Desde una perspectiva económica, una relación laboral es aquella que se da dentro del proceso productivo y que sujeta al trabajo y al capital. Así, el trabajo es el creador esencial de riqueza y solo puede ser ejercido por una persona humana, de ahí que todas las definiciones, tanto económicas como jurídicas, expresen que quien realiza el trabajo es siempre una persona natural (trabajador), mientras que la persona a favor de quien se ejerce el mismo puede ser tanto natural como jurídica y se le denomina empleador.

La Teoría de la Relación de Trabajo fue desarrollada por la doctrina jurídica germánica[16] y permitió darle a la actividad del trabajo humano una naturaleza jurídica diferente a la de un contrato, en contraposición de aquella que le dio la denominada Teoría Contractualista del Derecho Privado; el origen de esta última es el Derecho Clásico Romano. Históricamente fue la tesis de la relación laboral la que permitió un desprendimiento del concepto jurídico del trabajo, en cuanto a los postulados propios del Derecho Privado, puesto que durante siglos fueron aplicadas al trabajo humano las normas jurídicas para el contrato civil, asimilándolo a otra clase de contratos (arrendamiento, compraventa, sociedad, mandato, o agencia[17]). De ahí que en un principio los tratadistas del Derecho Laboral tuvieron como propósito principal precisar las diferencias esenciales entre la naturaleza de los contratos civiles y el fenómeno por el cual una persona prestaba una labor a favor de otra.

No fue sino hasta principios del siglo XX que se concluyó que, desde una visión humanista, el trabajo comportaba situaciones sociales y económicas que no podían regularse desde la figura del contrato privado. Para ese entonces se formuló la tesis de que la realidad del trabajo humano debía producir efectos jurídicos

15 Francisco Rafael Ostau de Lafont de León, *La Libertad Sindical en el Mundo del Trabajo en Colombia* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017), 25.

16 Iván Daniel Jaramillo Jassir, "Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia", *Revista Opinión Jurídica*, 9, n° 18 (2010): 57 – 74.

17 Guillermo González Charry, *Derecho del Trabajo*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Temis, 1970).

sin necesidad de la existencia de un contrato. Es más, se expresó que la voluntad de las partes no debía ser determinante a la hora de aplicar la ley o los contratos colectivos a la antedicha realidad. Así se trató de establecer un punto de partida desde el cual los ordenamientos jurídicos lograran un equilibrio de poder entre las partes involucradas, empleador y trabajador, puesto que resulta una verdad evidente que el primero, al ser el dueño de los medios de producción y del capital, se encuentra en una posición de ventaja sobre el segundo, quien tan solo dispone de su fuerza de trabajo.

La importancia de esta teoría radica en que permitió entender el trabajo como una situación objetiva, diferente del acuerdo de voluntades que acontecía entre las partes de la relación, es decir, como una situación de hecho independiente, que configuraba efectos jurídicos por sí misma. Como consecuencia de lo anterior, el fenómeno del trabajo humano en favor de otro, entiéndase como relación laboral, dejó de ser simplemente un contrato o una actividad que debía estar sujeta al régimen de las obligaciones y de los contratos.[18] En su lugar, empezaron a aplicarse un conjunto de principios y normas diferentes, que tuvieron en cuenta el valor social y económico del trabajo y que permitieron una mayor y mejor protección de los intereses del trabajador por su condición de parte débil de la relación, regulando con más precisión las características especiales de dicha relación.

La necesidad de la configuración de la doctrina, y su relación con el desarrollo del Derecho del Trabajo, ocurre como consecuencia de un contexto social complejo, que tras el proceso de industrialización de las economías conformó nuevas formas de relación entre la fuerza de trabajo y el capital. Al respecto, el Profesor Eduardo Caamaño Rojo explica lo siguiente:

> Como es sabido, en sus orígenes, la legislación que fue configurando paulatinamente al Derecho del Trabajo como una rama especial del Derecho se dictó con una finalidad muy precisa, cual fue, poner fin a las situaciones de abuso y de explotación que afectaban a una gran cantidad de trabajadores asalariados que prestaban servicios en fábricas u otros recintos industriales. Estos abusos se derivaban de la diferencia del poder negociador de empresarios y trabajadores, lo que colocaba a los primeros, en razón de su superioridad económica, en condiciones de dictar unilateralmente los términos del contrato que determinaba el monto de la remuneración y la naturaleza de los servicios a realizar, mientras que, por el contrario, la manifestación de voluntad

18 República de Colombia - Ministerio de Justicia. *Derecho Laboral, Primera Parte*. Curso de Capacitación para Jueces de La República, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 1989, 232.

> del trabajador se limitaba en gran medida a aceptar o a rechazar el empleo ofrecido, del cual dependía, en muchos casos, su propia subsistencia y la de su grupo familiar. Por tanto, el libre juego de la oferta y la demanda de empleo en un escenario de abundancia de mano de obra y de escasez de puestos de trabajo, como asimismo, la insuficiencia de las normas propias del Derecho Civil – basadas en el presupuesto de la igualdad jurídica de las partes contratantes y en el principio de la autonomía de la voluntad- ocasionaron un complejo problema social (la denominada "cuestión social"), que reclamó la intervención estatal para paliar estos efectos, la que se tradujo, en definitiva, en la dictación de normas protectoras a favor de la parte más débil de la relación laboral y, de manera más general, en un proceso paulatino de desprendimiento de esta nueva normativa de la gran rama del Derecho Civil.
>
> En este contexto, se plantea por algunos autores que el Derecho del Trabajo es una categoría cultural fruto del sistema de producción capitalista industrial; no es por lo tanto la respuesta normativa al conflicto sociolaboral o de trabajo en general, en la medida en que todas las sociedades históricas han conocido el trabajo como fuente de conflictos sociales, sino que propiamente la reacción ante el conflicto entre el capital y el trabajo asalariado en la sociedad capitalista industrial, esto es, el conflicto que se genera en la "gran industria" del siglo XIX caracterizada por la doble concentración de capitales y de trabajadores. Atendidas estas circunstancias históricas que originaron y motivaron el desarrollo del Derecho del Trabajo, se explica, en opinión del profesor Manuel Alonso Olea, que la realidad social sobre la que esta rama del Derecho descansa no es el trabajo en general, sino un tipo muy especial y característico de trabajo humano, en cuanto a la relación existente entre la actividad del sujeto que lo realiza y los frutos de la misma.[19]

Durante gran parte de la primera mitad del siglo pasado, los seguidores de la Teoría de la Relación Laboral libraron una lucha doctrinaria contra aquellos que no veían deseable que el trabajo se desprendiera de los postulados propios del Derecho Privado.[20] No obstante, tanto en el ámbito teórico como en el práctico (legislación y jurisprudencia), el triunfo de la idea de la relación de trabajo resultó un camino sin regreso, con las implicaciones que esto tuvo en la autonomía y crecimiento del Derecho del Trabajo. Es por esta razón que se considera que la

19 Eduardo Caamaño Rojo, "La Parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del derecho del trabajo", *Revista Laboral Chilena*, (2004): 61 y (2005): 68.

20 Ibid., 231.

Teoría de Relación Laboral es la piedra angular sobre la cual se ha desarrollado el Derecho Laboral como rama autónoma del Derecho.

La interpretación de estos derechos se hará desde el proteccionismo laboral, garantizando la materialización de los principios de la favorabilidad, la condición más beneficiosa y la *in dubio pro operario*, en el marco de una sociedad democrática que desarrolla la justicia y el bien común.[21]

En Europa se consideró dirimido el debate entre la Teoría de la Relación Laboral y la Teoría Contractualista, primando la segunda, pero incluyendo siempre, tanto en el ámbito teórico como en el legislativo, la idea de la relación laboral como un fenómeno objetivo independiente de los acuerdos a los que lleguen las partes de la relación.[22] Por otro lado, en Latinoamérica la discusión no arribó a igual solución. De hecho, dentro del contexto del Derecho del Trabajo mexicano, importantísima fuente para Colombia y Latinoamérica, se encuentra la siguiente afirmación del Profesor Mario de la Cueva:

> La defensa de "la teoría de la relación de trabajo como una situación jurídica objetiva independiente de su origen", partió de la circunstancia de que nuestro derecho del trabajo nació en la Asamblea Constituyente sin conexión alguna con el viejo derecho civil, sino al contrario, como un derecho cuyas bases se encontraban en una decisión fundamental del pueblo y cuya misión consistía en superar, en beneficio del hombre, una concepción jurídica que hundía sus raíces en la historia hasta llegar a la solución esclavista de la locatio conductio operarum de los jurisconsultos romanos.
>
> La disputa duró muchos años, pero aún quedan opositores: desde luego, los profesores de derecho civil, que no se resignan a la pérdida de todo un sector de las relaciones humanas; y además de ellos, un grupo de personas que no han entendido o que tal vez no quieren entender el pensamiento nuevo, lo que las conduce a posiciones ambiguas y contradictorias.[23]

En Colombia, los redactores del Código Sustantivo del Trabajo señalaron expresamente la influencia de los razonamientos del profesor Mario de La Cueva, y en general del Derecho Mexicano del Trabajo[24], en los mandatos de dicho estatuto. No obstante, de la redacción del Código Sustantivo del Trabajo, y de las

21 Ostau de Lafont de León, *La libertad sindical en el mundo del trabajo en Colombia*, 22.

22 Jaramillo Jassir, "Presente y futuro del derecho del trabajo", 60.

23 Mario De La Cueva, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 2da ed. (México: Ed. Purrúa, 1972), 182.

24 Jaramillo Jassir, "Presente y futuro del derecho del trabajo", 59.

leyes que lo han modificado -en particular la Ley 50 de 1990-, no puede decirse que la legislación colombiana tomó partido por alguna de las teorías en forma pura. La hipótesis contractualista no desapareció del espectro jurídico, ni de las teorías que explican el fenómeno jurídico del trabajo, ni del modo ideal de regularlo. En el siguiente título se explicará, en forma más detallada, qué de la Teoría Contractualista y qué de la Teoría de la Relación de Trabajo se encuentra inmerso en la regulación e interpretación que se hace de nuestras leyes de trabajo.

Desde los albores del siglo que inicia, el debate se ha ido dando en dos sentidos. Por un lado, existen quienes afirman que el Derecho Laboral tiende a desaparecer, puesto que la continua expedición de leyes de flexibilización laboral evidencia que esta rama del Derecho ha ido perdiendo su carácter tuitivo y que, en consonancia con los profundos cambios que vienen suscitándose en los modelos de producción mundial -gracias en gran medida a la globalización de los mercados-, se va haciendo inútil la existencia de una rama jurídica dedicada exclusivamente a las relaciones y conflictos de carácter laboral.[25]

En cambio, algunos autores defienden la necesidad de profundizar en la independencia y autonomía del Derecho del Trabajo y argumentan que, ante los cambios políticos y económicos, las normas de flexibilización han deteriorado notablemente las condiciones de trabajo. Por lo tanto, la desarticulación de las garantías laborales plantea desafíos que deben ser enfrentados fortaleciendo esta rama del Derecho, no prescindiendo de la misma.

En la actualidad, la realidad del Derecho del Trabajo controvierte las conjeturas acerca de su eventual desaparición. En contraposición, se ha visto una extensión de las garantías de los derechos laborales a situaciones antes ajenas a él y un giro de estas garantías hacia la protección de los Derechos Humanos de una forma más integral.

Otros tratadistas, ya desde finales de la década de los ochenta, apuntan a forjar una nueva vertiente del Derecho, denominada Derecho Social, la cual incluye el Derecho del Trabajo. De igual manera, aparecen dentro de esta vertiente el Derecho del Medio Ambiente, el Derecho Agrario, el Derecho Migratorio y el Derecho de la Seguridad Social. Algunos tratadistas incluyen, asimismo, el Derecho del Consumo y el Derecho de la Competencia. Puntualmente estas

25 Ibid., 59.

ramas del Derecho tienen en común la necesidad del intervencionismo (jurídico) estatal en el desarrollo de actividades con relevancia social o económica, donde las relaciones de poder entre quienes participan de ellas tienden a padecer de un desequilibrio natural.

La relación de trabajo, el contrato de trabajo y el ámbito de aplicación del Código Sustantivo de Trabajo

Una relación laboral es aquella por la que una persona natural realiza una labor o presta un servicio en favor de otra persona, ya sea esta natural o jurídica. Dicha prestación puede ser ejecutada en forma gratuita u onerosa. Por otra parte, la manera en que se cumple la determinada labor puede estar sujeta a las órdenes de alguien o puede, por el contrario, no estar sujeta a ninguna orden y realizarse de forma autónoma. La realidad de estas circunstancias determina si se está frente a la figura de un contrato de trabajo o si, por el contrario, se trata de otra clase (especie) de relación laboral.

Conforme a la ley, la jurisprudencia y la doctrina, se puede afirmar que en todo contrato de trabajo subyace una relación laboral, *contrario censu,* no toda relación laboral constituye un contrato de trabajo. Así, para que se entienda de mejor forma, se debe considerar que el contrato de trabajo es una especie dentro del género de las relaciones laborales.

En el sistema jurídico colombiano, los conceptos de relación laboral y contrato de trabajo no han seguido en forma total las consideraciones de la Teoría de la Relación Laboral, ni tampoco los postulados de la Teoría Contractualista. Puede afirmarse que las normas colombianas han adoptado una postura mixta o ecléctica, aunque los mismos redactores del estatuto han pronunciado la significativa preponderancia que tuvieron sobre ellos las tesis del Maestro De la Cueva.

Una gran parte de los doctrinantes excluye de las relaciones laborales todas aquellas reguladas por contratos de carácter administrativo, mercantil o civil, así como todas aquellas relaciones no subordinadas, gratuitas o que no cumplen con el requisito de que la prestación se caracterice por ser *intuitu personae*. Lo cierto es que esto se debe a un tropezón conceptual surgido a raíz de la redacción del estatuto de trabajo, lo que trae consigo, en la práctica, ciertos yerros de interpretación, dificultad para entender las formas de contratación de servicios personales

y, además, genera en los empresarios miedos o excesos que no resultan lógicos a la hora de celebrar contratos o al aplicar las normas y principios generales del Derecho Laboral.

Aquí se debe hacer una precisión conceptual: en términos estrictos, la prestación de un servicio en forma personal, de carácter laboral, realizada en forma libre y voluntaria en favor de otra persona, es *per se* una relación de trabajo.[26] Ahora bien, esto no quiere decir que dicha relación deba ser siempre objeto del Derecho Individual del Trabajo, regulado por el Código Sustantivo del Trabajo y las normas complementarias. Lo dicho, puesto que para ello se requiere que la relación laboral sea de las que se efectúan en ejecución de un contrato de trabajo y que su naturaleza no esté expresamente excluida en otra norma jurídica. Así lo establece el artículo 5º del Código Sustantivo del Trabajo, que define: "El trabajo que regula este Código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo".

El artículo transcrito, más que dar una definición general o totalizadora del concepto legal del trabajo en Colombia, define un ámbito de aplicación del Estatuto Laboral a determinadas relaciones de trabajo, es decir, a aquellas que de acuerdo con los postulados del mismo Código constituyen un contrato de trabajo.

Acerca del efecto que la precitada definición tiene sobre el ámbito de aplicación del Código Sustantivo de Trabajo, deben tenerse en cuenta, asimismo, las enunciaciones y exclusiones de las que tratan los artículos 3 y 4 del mismo estatuto. En ellas se expresa:

> El presente Código regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares. [Y] Las relaciones de derecho individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten.

26 Aunque se dan excepcionalmente, existen relaciones de trabajo sin que se verifiquen los elementos que en un principio les otorgaba la doctrina germánica y que son los contenidos en el artículo 23 del C.S.T. Un ejemplo claro es el denominado trabajo a domicilio, donde no hay verdadera subordinación y el elemento *intuitu personae* es difuso. Algo similar ocurre, por ejemplo, con los trabajos ad honorem que tienen carácter gratuito, y que, aunque no estén contemplados legalmente como contratos de trabajo, sí se encuentran reglados en materia de seguridad social en riesgos profesionales por las leyes de la Republica.

En consecuencia, aquellas relaciones y contratos de trabajo ejecutados o celebrados en el marco del Derecho Público, con trabajadores oficiales o funcionarios públicos, no se rigen, en principio, por la parte individual del Código Sustantivo de Trabajo. Valga aclarar que esto no significa que pierdan su naturaleza de relaciones de trabajo.

La legislación colombiana no define expresamente la relación de trabajo, sin embargo, hace alusión a ella en varias de sus normas. De la lectura de estas y de la articulación con la acepción de contrato de trabajo, se pueden extraer las nociones del concepto. Por ejemplo, el Estatuto Laboral, complementando el artículo 5, define expresamente, en su artículo 22, que el contrato de trabajo "es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración".

Esto quiere decir, en principio, que las relaciones laborales que puedan ser subsumidas en esta definición harán parte del ámbito de aplicación del Código Sustantivo de Trabajo, empero no son las únicas, puesto que esta definición no es unívoca. Y no lo es, porque esta particular definición del contrato de trabajo debe ser interpretada de forma sistemática con las demás normas que constituyen el cuerpo del Código Sustantivo de Trabajo y con las demás normas concordantes, a la luz de los principios que rigen el Derecho del Trabajo. La premisa anterior cobra sentido y adquiere relevancia cuando se considera que de la simple lectura del artículo 22, se deduce que su definición de contrato de trabajo envuelve en forma deliberada el elemento de consentimiento, lo que dentro de una interpretación exegética haría imposible la aplicación de principios como el de la primacía de la realidad o el del contrato realidad.

De ahí que se diga que las relaciones cobijadas por el Derecho del Trabajo requieren de elementos como la subordinación y el salario. En estos términos, resulta determinante recordar que en caso de incertidumbre, conflicto entre las partes o al no pactarse ni establecerse de manera formal la naturaleza de la relación laboral, es la realidad de los hechos la que determinará que el juez laboral declare o descarte la existencia de un contrato de trabajo o de una relación laboral, de aquellas cobijadas por el Derecho Individual de Trabajo.

Los términos contenidos en los artículos 5 y 22, son ratificados e integrados por el legislador a través de los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo de

Trabajo. El 23 ha establecido los elementos esenciales del contrato de trabajo que, a saber, son:

a. la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

b. la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato.

   Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y

c. un salario como retribución del servicio.

Se volverá más adelante sobre cada uno de estos elementos para un estudio más profundo. Mientras tanto, y siguiendo con el artículo 24, este establece una presunción legal en favor del trabajador, en los siguientes términos: "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo". Dicha presunción se traduce en que cuando un trabajador demuestra que ha prestado una actividad personal en favor de otra y aduce ante el juez del trabajo la existencia de un contrato de trabajo, el juez debe presumir la existencia de este.

La presunción legal deriva en dos problemas de interpretación hermenéutica: por un lado, si el contrato de trabajo es en sí mismo el conjunto de estos elementos del artículo 23, existiría una discordancia respecto a la definición del artículo 22, el cual lo erige como acuerdo de voluntades. Por otro lado, si quienes redactaron el Código siguieron los postulados de la Teoría Germana de la Relación de Trabajo, existe una identidad entre relación y contrato de trabajo. Algunos de los tratadistas nacionales, incluido el Maestro González Charry -quien fue redactor del Código Sustantivo de Trabajo-, han dado respuesta a este interrogante, afirmando que los elementos del contrato de trabajo, del artículo 23, son en realidad los elementos de la relación de trabajo.

No obstante, de nuevo surge un problema de interpretación hermenéutica en la práctica y es que si se acoge, sin miramientos, la Teoría de la Relación de Trabajo, tendrían que excluirse del concepto de relación de trabajo aquellas prestaciones que se realizan en forma autónoma, como ocurre con las profesiones liberales. Asimismo, y tan solo por citar otras prestaciones, deben excluirse todas las que se

realizan ad honorem, puesto que no incluyen una remuneración, y el denominado trabajo a domicilio, porque en este último no existe tan puntualmente subordinación. Esto dejaría un vacío teórico significativo, porque no puede darse a estas un carácter distinto al de ser relaciones de trabajo. Lo anterior desde una perspectiva puramente conceptual, ya que el ámbito de aplicación de las normas del Derecho Individual de Trabajo es un asunto distinto, como se estudió previamente.

Como se puede observar, la redacción del Código Sustantivo de Trabajo, con sus modificaciones y subrogaciones, no define la relación de trabajo, mientras que permite una lectura ambigua de la definición del contrato de trabajo, en relación con sus elementos. Por esta razón existen dos posibilidades de interpretación teórica acerca de los conceptos de relación y contrato de trabajo.

La primera asienta que la relación de trabajo requiere, además del elemento de la prestación de una persona a favor de otra, los elementos de subordinación y remuneración. Por su parte, el contrato de trabajo constituiría el acuerdo de voluntades mediante el cual se obligaría a las partes a cumplir con los compromisos contractuales derivados de la relación: del trabajador a prestar la labor a favor del empleador, subordinado jurídicamente a cumplir sus órdenes, y del empleador a pagar un salario y demás emolumentos laborales, más aquellas obligaciones principales y accesorias que se desprendan del contrato. En caso de ausencia del acuerdo de voluntades, la ley establecerá cuáles son los efectos de la relación de trabajo, siempre que se verifiquen sus elementos.

Una segunda posibilidad conceptual es entender que una relación de trabajo requiere en esencia de la prestación personal, de carácter laboral, realizada por una persona natural a favor de otra (natural o jurídica) y nada más. Es decir, que esta actividad por sí misma y sin necesidad de la existencia de la remuneración y la subordinación, es objetivamente una relación de trabajo. Esta vendría a ser regida, y se le aplicarían las normas del Código Sustantivo de Trabajo y normas complementarias, siempre y cuando constituya un contrato de trabajo o, excepcionalmente, sea incluida por la ley. El contrato de trabajo requeriría como elementos, además de la prestación personal, la subordinación y la remuneración, los cuales deben ser verificables en la realidad de la relación de trabajo.

En esta segunda interpretación teórica la presunción del artículo 24 cobraría vida, invirtiendo la carga de la prueba a favor del trabajador en el ámbito litigioso. En consecuencia, se debe probar la relación laboral, es decir, la prestación

personal del servicio, mientras que los elementos de subordinación y remuneración serían objeto de una presunción legal que admite prueba en contrario. En cuanto al consentimiento, en principio se diría que la ley suple su ausencia, primero para darle vida a los efectos jurídicos del contrato, de manera que baste con la presencia de los tres elementos del artículo 23 para que exista contrato de trabajo y, segundo, respecto a los elementos accidentales del contrato, sobre los cuales no se haya acordado por las partes.[27]

El autor de este artículo se circunscribe a esta segunda posición, puesto que, en su criterio, resulta más coherente conceptualmente con la redacción del estatuto y es la mejor al ser empleada para resolver o proyectar una teoría del caso en materia de un litigio laboral. De igual manera, cuando se tiene en cuenta la discusión sobre nuevas formas de subordinación, así como las nuevas relaciones jurídicas que cobija el Derecho del Trabajo.

En cualquiera de las dos posiciones abordadas, el abogado que elija alguna de ellas debe atenerse a los elementos del artículo 23, para incluir o no la relación laboral como objeto de aplicación de las normas del Derecho Individual de Trabajo. También debe diferenciar entre los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral -como se entienda-, de aquellos naturales y accesorios. Esto se estudiará más adelante.

Esta posición es propia del contractualismo. Para Lino Acevedo Gómez la relación es la efectivización o desenvolvimiento del contrato de trabajo.[28] En contraposición a las tesis de González Charry, Acevedo nos dice que un contrato de trabajo puede manifestarse sin relación de trabajo y, para ilustrar su posición, plantea el siguiente ejemplo:

> Juan y Diego acuerdan celebrar un contrato de trabajo y suscriben el respectivo documento donde se fijan las condiciones (o bien verbalmente ajustan la voluntad): Dicho trabajo ha de realizarse en otra ciudad a partir de tal fecha. Diego, trabajador deja un empleo que tiene para cumplir el contrato con Juan. Llegado el momento de la ejecución del pacto, Juan se niega a cumplirlo. Existió un contrato de trabajo con efectos jurídicos e indemnización de perjuicios por el incumplimiento, pero no se dio la relación de trabajo. Viceversa, Juan se incorpora a un circo y ejecuta labores en

27 Por ejemplo, el valor del salario, el horario de trabajo, el lugar de trabajo, entre otros.

28 Lino Acevedo Gómez, *Derecho Individual del Trabajo* (Bogotá: Editorial Temis, 1982).

> beneficio del patrono, con la aquiescencia expresa o tácita del dueño. Estamos frente a una relación de trabajo sin contrato de trabajo.[29]

Para mayor claridad, se puede acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo que, a su vez, sentó las bases doctrinales sobre las cuales se ha construido, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, la interpretación de las definiciones y mandatos que el Estatuto Laboral hace del contrato y de la relación de trabajo. Una sentencia del Tribunal Supremo del Trabajo, del 14 de febrero de 1955, que se encuentra en el texto *Código Sustantivo de Trabajo. Análisis histórico-crítico*, establece en líneas generales la materia:

> El contrato individual de trabajo, es decir el negocio jurídico mediante el cual se produce libremente un acuerdo de voluntades para prestar servicio personal y recibir a cambio un salario, ha sido y continúa siendo en la legislación colombiana fuente de obligaciones. Como tal se le ha considerado siempre, desde que en 1934 se definió y reglamentó por primera vez el trabajo de los empleados particulares, hasta el actual Código Sustantivo de la materia. Esas obligaciones no son otras que las de poner en acto aquello que el acuerdo ha fijado en potencia, la de entrar en la dinámica de la relación jurídica. El contrato no es ciertamente una prestación, pero es su base incuestionable.
>
> No supone necesariamente la ejecución de lo convenido, pero implica el compromiso de las partes para llevarlo a cabo. En la llamada relación del trabajo se encuentra la parte activa del contrato, su desarrollo normal, su ejecución por las partes, es el complemento necesario del contrato. De ahí por qué el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, como anteriormente el 20 del Decreto 2127 de 1945, presumen que todo servicio personal se presta en cumplimiento de un contrato de trabajo y obliguen al empleador a desvirtuar la presunción. Siendo el trabajo un contrato consensual -Dice G. Cabanellas-, es evidente que la relación de voluntades, se produzca por la manifestación del consentimiento, mientras que la relación jurídica seguirá cuando el trabajador comience la prestación de su actividad profesional bajo la dirección de su empleador o empresario.
>
> La Circunstancia de que el derecho del trabajo en la actualidad se incline, desechando todos los formalismos propios de otras ramas del derecho, a proteger específicamente el hecho del trabajo, no significa en manera alguna que contrato y relación de trabajo sean contrarios o antitécnicos, pues hay que tenerlos como dos elementos complementarios y por tanto igualmente importantes de la misma institución: El trabajo.

29 Ibid., 26.

> El hecho del trabajo supone un previo acuerdo de voluntades y origina prestaciones mutuas distintas de las que nacen de este último. En este caso las partes se obligan, verbalmente o por escrito, la una a prestar un servicio y la otra a remunerarlo; en aquél, surgen, ya todas las obligaciones anexas o consecuentes de las citadas tales como la asistencia de los riesgos profesionales, y en general el suministro de aquellas garantías que realizan en la práctica la tutela del trabajo asalariado y del trabajador.
>
> Mas, la circunstancia de que la llamada relación de trabajo sea objeto de protección legal y a ella se refieran, por regla general, las garantías de orden constitucional y legal que constituyen a darle categoría ética y humana, no significa en absoluto que el contrato, el acuerdo libre de voluntades, el compromiso inicial o acto, preparatorio de la relación, esté desamparado en los textos legales. Si se admite ya se ha dicho que como a tal lo tienen no sólo nuestra legislación sino la generalidad de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos y europeos- como el antecedente, necesario del hecho físico de la prestación personal de servicios, debe aceptarse que no puede ser extraño a los mandatos legales que instituyen la voluntad en fuente de obligaciones.
>
> Podría sintetizarse lo anterior afirmando que quienes celebran un contrato de trabajo están obligados legalmente a entrar en relación de trabajo, a poner en acto el objeto de su acuerdo, el trabajador a ponerse a disposición del empleador y éste a remunerarlo en la forma y en los términos convenidos. Síguese de lo dicho que si concluido el acuerdo, la relación de trabajo no se actualiza y ello ocurre por disposición o por culpa de uno de los contratantes, el otro puede con todo derecho exigir la correspondiente indemnización de perjuicios. Y no es preciso, para la prosperidad de tal acción, que quien, se sienta lesionado o víctima del incumplimiento esté necesariamente obligado a requerir al presunto deudor para el cumplimiento de las obligaciones pactadas.[30]

En opinión del autor, resultan bastante artificiales las discrepancias entre las posturas de la Teoría de la Relación del Trabajo y las de la Teoría Contractualista. Esta es la razón por la que en este artículo se plantea una vía de estudio donde ambas posturas convergen, lo cual consiste en considerar que existen determinadas relaciones de trabajo que son objeto del Derecho del Trabajo. Estas relaciones guardan identidad con el contrato de trabajo, entendido este como un fenómeno jurídico objetivo del cual se desprenden obligaciones para las partes. El consentimiento de este contrato sui generis puede prestarse en forma expresa o tácita y,

30 Fernando Afanador Núñez, Gerardo Arenas Monsalve y Hernando Herrera Vergara, *Código Sustantivo de Trabajo. Análisis histórico – crítico* (Colombia: Legis Editores, 2000), 52.

por tanto, el elemento subjetivo del contrato puede ser suplido por los mandatos especiales propios del iuslaboralismo.

Así, los elementos esenciales de la relación laboral guardan correspondencia con los elementos naturales del contrato de trabajo, que son aquellos contenidos por el artículo 23 del Código Sustantivo de Trabajo. En estos términos es que se estudiarán, en el siguiente título, los elementos de la relación laboral.

Elementos de la relación laboral

- *Actividad Personal*. El literal A, del artículo 22, del Código Sustantivo de Trabajo, se refiere al elemento de la prestación personal del servicio como **"**la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo".

Es indispensable que la prestación personal del trabajador exista sin la posibilidad de que su actividad sea suplida por un tercero, o sea, es tan importante este elemento, que la muerte del trabajador es causal de terminación del contrato de trabajo. Cuando no existe prestación personal, no hay contrato de trabajo. De hecho, cuando se habla de prestación personal, se hace relación al elemento *intuitu personae,* es decir, que se busca que la prestación solo deba ser proporcionada por esta persona y no se pueda trasladar esa actividad a nadie más.

Hay una excepción al *intuitu personae* con el denominado trabajo a domicilio, puesto que en este se permite el traslado de algunas de las labores a personas diferentes al trabajador, por ejemplo, a miembros de su familia. Esta clase de contrato se encuentra protegida como contrato de trabajo, en el artículo 89 del Código Sustantivo de Trabajo, que dice expresamente que "hay contrato de trabajo con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, sola o con la ayuda de miembros de su familia por cuenta de un empleador".

Hay vicisitudes del contrato de trabajo que pueden impedir la prestación del servicio, como las contenidas en los términos de los artículos 51 y 53 del estatuto laboral, sin que por ello cesen de forma definitiva todas las obligaciones surgidas de dicho contrato. Otro caso, que es además un claro ejemplo de cómo se articulan en la ley colombiana los conceptos de relación y contrato de trabajo, lo encontramos en el artículo 140 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual obliga al pago de salarios y prestaciones, aun cuando no se ha prestado el servicio, siempre

que esto ocurra por culpa o disposición del empleador y en vigencia del contrato de trabajo.

- *La continuada subordinación o dependencia.* El literal b, del artículo 23, del Código Sustantivo de Trabajo, dispone como segundo elemento esencial de los contratos de trabajo la continuada subordinación, exponiéndola así:

> La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.

El elemento de la subordinación es el centro medular sobre el cual giran la gran mayoría de conflictos jurídicos relacionados con los contratos de trabajo. Esto tiene explicación en que es este elemento el que esencialmente separa las relaciones de trabajo amparadas por las garantías de la legislación individual de trabajo, de las que no se encuentran amparadas o de aquellas de naturaleza diferente a la laboral.

La subordinación supone, en primera medida, la facultad que tiene el empleador de dar órdenes al trabajador acerca del cómo, cuándo, cuánto y dónde hacer respecto a su trabajo. En segunda medida, supone la posibilidad que tiene el empleador de imponer reglamentos y sanciones, es decir, implica una capacidad disciplinaria.

La subordinación comporta un fenómeno jurídico compuesto de una serie de situaciones que evidencian su existencia, entre las cuales el profesor chileno Eduardo Caamaño propone las siguientes:

> La continuidad y permanencia de los servicios prestados; la obligación de asistencia del trabajador; el cumplimiento de un horario de trabajo; la sujeción a instrucciones u órdenes; la ausencia de riesgos económicos vinculados a los resultados de la actividad empresarial; la concurrencia al lugar de trabajo; la supervigilancia o supervisión directa; la inserción en la organización del empleador, la retribución a través de un salario, el hecho que el material y los equipos utilizados para desempeñar el trabajo no sean de propiedad del trabajador, etc. [31]

31 Caamaño Rojo, "La Parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente", 66.

Los Altos Tribunales tienen una prolongada tradición jurisprudencial acerca de este elemento de la relación de trabajo, tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional de Colombia han delimitado de forma precisa lo que es la subordinación laboral. Esta tiene un carácter eminentemente jurídico y, por tanto, produce efectos de este mismo carácter dentro del contexto de la relación laboral. En ese orden de ideas no le es permitido al empleador extender su capacidad de dar órdenes o imponer reglamentos por fuera de esta órbita social, puesto que el grado y naturaleza de su capacidad subordinante se encuentra limitada en sí misma por los derechos de los trabajadores, el ordenamiento jurídico y demás instrumentos en que se establecen mandatos de obligatorio cumplimiento para las partes, tales como: el contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo, laudos arbitrales y las convenciones y pactos colectivos de trabajo.

Al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 106, 108 y 119 del Código Sustantivo del Trabajo, la Corte Constitucional se refirió a la subordinación de la siguiente manera:

> Dentro del elemento subordinación se destaca, como ya lo ha sostenido la jurisprudencia, el poder de dirección en la actividad laboral y la potestad disciplinaria que el empleador ejerce sobre sus trabajadores para mantener el orden y la disciplina en su empresa. Esa facultad, como es obvio, se predica solamente respecto de la actividad laboral y gira en torno a los efectos propios de esa relación laboral. Sin embargo, aun en ese ámbito de trabajo la subordinación no puede ni debe ser considerada como un poder absoluto y arbitrario del empleador frente a los trabajadores. En efecto, la subordinación no es sinónimo de terca obediencia o de esclavitud toda vez que el trabajador es una persona capaz de discernir, de razonar, y como tal no está obligado a cumplir órdenes que atenten contra su dignidad, su integridad o que lo induzcan a cometer hechos punibles. El propio legislador precisó que la facultad que se desprende del elemento subordinación para el empleador no puede afectar el honor, la dignidad ni los derechos de los trabajadores y menos puede desconocer lo dispuesto en tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen a Colombia. [32]

32 Corte Constitucional de Colombia, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño, Sentencia C-934 de 2004, Referencia: expediente D-5132 (Colombia, 29 de septiembre de 2004), http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2004/C-934-04.htm.

La Corte Suprema de Justicia, al referirse a los efectos del incumplimiento de órdenes que no se relacionan con el contrato de trabajo, se expresó en los siguientes términos:

> No sobra anotar que ni el empleador ni sus representantes se encuentran autorizados, para, so pretexto de la subordinación en que se halla el trabajador impartirle cualquier orden no importa que tan ajena sea de la relación laboral.
>
> El principio de la buena fe que inspira la ejecución de cualquier contrato, pero de manera específica y primordial el contrato de trabajo dadas sus peculiares características, no autoriza para incurrir en desafueros al empleador, o para que el empleador -o quienes para efectos laborales lleven su representación y por lo mismo pueden impartirle al trabajador e imponerle reglamentos-pueda a su amaño desvirtuar la razón de ser del contrato de trabajo […]
>
> Para los efectos del examen de la prueba que se hace es suficiente en este caso recordar, sin que sea necesario acudir a la transcripción de los fallos donde se ha consignado dicha jurisprudencia, que al reconocer el denominado ius variandi la Corte le ha puesto siempre como condición, el que ejercicio al deba estar guiado por "razones de objetivas, humanas o técnicas, de organización o producción", y jamás como una extravagante potestad por parte del empleador para impunemente causarle agravio al trabajador. [33]

En contravía de la creencia popular, el cumplimiento de un horario no supone, de manera necesaria, la existencia de la subordinación laboral, no obstante, sí comporta un importante indicativo de la misma. Puede suceder que del acervo probatorio dentro de un proceso laboral, el juez establezca que, a pesar de haberse verificado el horario de trabajo, en realidad la prestación se ejecutó con autonomía e independencia, elementos propios de los contratos de prestación de servicios y que pueden ser alegados por la parte empleadora. En tal sentido se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas oportunidades[34], verbigracia, en sentencia del 18 de junio de 2014 la Corte expresó:

33 Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente: Rafael Méndez Arango, Sentencia 6490 (Colombia: 27 de abril de 1994). Esta referencia fue encontrada en la *Revista Jurisprudencia y Doctrina,* No. 270 (1994): 702.

34 Confrontar: Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL.11661-2015, Radicado: 50.249 (Colombia: 5 de agosto de 2015). Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Magistrado Ponente Rigoberto Echeverri Bueno, SL. 14481-2014, Radicado: 40.604(Colombia, 22 de octubre de 2014), http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/index.xhtml.

> Puesto en otros términos, el horario no es una característica exclusiva de una relación de dependencia, pues en otro tipo de contrataciones puede ser necesaria y aun indispensable para el cumplimiento del objeto del contrato, sin que ello conlleve la existencia de un contrato de trabajo, como ocurre en el caso bajo análisis en el que se acordó la prestación de los servicios de celaduría y vigilancia en un horario determinado, lo cual constituye tan sólo una circunstancia lógica y propia del objeto contractual que buscaba garantizar el servicio de celaduría confiado a un particular contratista independiente, sin que ello implique el encubrimiento de un ilegal artilugio para camuflar una vinculación laboral subordinada con el propósito de evadir las consecuencias de la misma.[35]

Como se refirió anteriormente, el artículo 24 trae una presunción legal que apunta a la carga de la prueba del elemento subordinación, cuando dispone que se debe presumir que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. La Corte Suprema de Justicia ha expuesto el alcance de la presunción del artículo 24 en su jurisprudencia, en la cual ha establecido que los jueces no pueden determinar la existencia de la subordinación cuando el conjunto de situaciones fácticas y jurídicas, probadas en el proceso, indiquen que en realidad se trata de otro tipo de relación, aun cuando las pruebas de la independencia y la autonomía no provengan del demandado, como puede ocurrir, por ejemplo, en aquellos casos en que se da por no contestada la demanda, entre otros. Demostrativo de la decisión de la Corte Suprema de Justicia, resulta el siguiente aparte:

> En desarrollo de ese criterio, se ha señalado que si en verdad con el análisis de las pruebas del proceso se demuestra que no hubo subordinación laboral y que la actividad laboral de quien alegó su calidad de trabajador se prestó de manera totalmente autónoma e independiente, esto es, libre de cualquier sujeción laboral respecto del beneficiario del servicio, carece de incidencia determinar a quién incumbía la carga probatoria, por ser sabido que averiguar a cuál de las partes le correspondía sólo interesa si el hecho no fue probado en el juicio, porque cuando los hechos relevantes del litigio se encuentran debidamente establecidos, es del todo indiferente que la prueba provenga del demandante o del demandado, o que haya sido producto de la actividad inquisitiva del juez o fruto de una presunción legal desvirtuable.[36]

35 Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Magistrada Ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo, SL. 8434-2014, Radicación No. 44191 (Colombia, 18 de junio de 2014), http://190.24.134.97/WebRelatoria/csj/index.xhtml.

36 Corte Suprema De Justicia - Sala De Casación Laboral, Magistrado Ponente Gustavo José Gnecco Mendoza, Radicado 34223 (Colombia, 13 de abril de 2010).

- *La remuneración o salario.* El literal c, del artículo 23, del Código Sustantivo de Trabajo, sitúa como tercer elemento del contrato de trabajo una remuneración o salario en retribución del servicio prestado: "Un salario como retribución del servicio".

El legislador ha destinado todo un título del Estatuto Laboral para regular el salario, al ser un derecho que goza de una especial protección por parte del sistema jurídico. La naturaleza del salario es la de ser la forma en la que el empleador retribuye al trabajador por su servicio, por lo que forman parte integrante de aquel todas las sumas que recibe el trabajador en contraprestación de su labor.

A pesar de considerarse un elemento esencial del contrato, esto no quiere decir que ante su ausencia o falta de pago se deba entender la inexistencia del contrato de trabajo. Esto ocurre porque cuando las partes no pactan el salario, este puede ser determinado ulteriormente atendiendo a determinados factores. Así lo establece expresamente el Estatuto del Trabajo en su artículo 144: "Falta de estipulación. Cuando no se haya pactado expresamente salario, se debe el que ordinariamente se paga por la misma labor, y a falta de este, el que se fijare tomando en cuenta la cantidad y calidad del trabajo, la aptitud del trabajador y las condiciones usuales de la región".

Por otro lado, se entiende que verificada la existencia de la actividad personal y de la subordinación, el trabajador adquiere el derecho a que se le pague un salario como retribución y todas las obligaciones prestacionales subyacentes, configurándose así el contrato de trabajo. El salario es, además, un derecho con carácter irrenunciable y, salvo excepciones, no puede haber contratos de trabajo gratuitos. Así lo establece el artículo 142 del Código Sustantivo de Trabajo, al expresar que: "El derecho al salario es irrenunciable y no se puede ceder en todo ni en parte, a título gratuito ni oneroso, pero si puede servir de garantía hasta el límite y en los casos que determina la ley".

Asimismo, esta irrenunciabilidad se predica de las demás prerrogativas que goza el trabajador por sus servicios, esto se desprende del carácter de orden público que revisten las normas del trabajo. Así lo consagra el artículo 14 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual establece que: "Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley".

Respecto a las prestaciones sociales, el artículo 340, en concordancia con el artículo 27 del mismo estatuto, reitera el principio de que "las prestaciones sociales establecidas en este código, ya sean eventuales o causadas, son irrenunciables".

También se ha dicho que el salario es aquello que recibe el trabajador como contraprestación por su trabajo y, erradamente, se ha intentado excluir de esta característica remuneratoria el total de emolumentos que percibe el trabajador por virtud de la relación de trabajo. En realidad, es que todas las prerrogativas o emolumentos que recibe el trabajador son contraprestación de su servicio, no obstante, es la ley la que excluye o permite excluir el carácter salarial a determinadas sumas pagadas a los trabajadores, en razón de la finalidad de las mismas. La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia con Radicación número 5481, del 12 de febrero de 1993, lo explica así:

> Determinar cuáles de los pagos que el trabajador recibe del empleador constituyen salario y cuáles no, es tema de innegable relevancia para las relaciones obrero-patronales, tanto individuales como colectivas, por lo cual se hace necesario distinguir el "salario" propiamente dicho de otras remuneraciones y beneficios que también recibe el trabajador por razón de su trabajo o con ocasión del mismo, cuales son las "prestaciones sociales", las "indemnizaciones" y los "descansos", según clasificación empleada hace ya tiempo por nuestra legislación positiva y de usanza predominante en el lenguaje ordinario de la vida laboral.
>
> Lo primero que debe asentarse es el hecho indiscutible de que todas estas expresiones "salario", "prestaciones sociales", "indemnizaciones" y "descansos" corresponden a pagos, reconocimientos o beneficios que el trabajador recibe a lo largo de su vida como tal, o inclusive cuando deja de serlo por alcanzar la jubilación o verse temporal o definitivamente imposibilitado para trabajar. No aciertan por consiguiente quienes afirman que sólo algunos de los enunciados beneficios son recibidos por el trabajador por el hecho de su vinculación laboral, pues la verdad es que todos encuentran su causa última en la prestación subordinada de servicios personales a otro. Siempre será entonces la relación laboral preexistente la razón de ser de todos esos beneficios y la que, directa o indirectamente, fundamente o justifique su reclamación o reconocimiento.
>
> Siendo cierto en consecuencia, como lo es, que los beneficios que el trabajador obtiene del empleador se originan todos en el servicio que le presta, la distinción de la naturaleza jurídica entre unos y otros no debe buscarse en su causa sino más bien en su finalidad, la cual sí permite delimitar claramente los diferentes conceptos.

Los trabajos ad honorem, pro bono y voluntario no constituyen relaciones que se encuentren cobijadas por la legislación del Derecho Individual de Trabajo. En este tipo de relaciones, no obstante existir la prestación personal y darse posiblemente dentro de una relación subordinada, el trabajo ejercido se desarrolla sin el fin de lucro, es decir, de percibir una contraprestación por este. Debe existir en el trabajo voluntario o ad honorem un elemento de altruismo y libertad que no requiere de la protección y garantías propias del Derecho del Trabajo.

En el caso de las prácticas, clínicas o cualquier trabajo de carácter instructivo que se dé en desarrollo de actividades académicas o formativas, por ejemplo la judicatura, que se presta ad honorem en los despachos judiciales como requisito de grado de la carrera de Derecho, existe la obligación legal por parte del empleador de afiliar y cotizar a riesgos laborales. Así lo establece el numeral 4, del artículo 13, del Decreto-Ley 1295 de 1994, modificado por el artículo 2º, de la Ley 1562, de 2012.[37]

El contrato de trabajo

Concepto

Anteriormente se estudiaron y contrastaron los conceptos de la relación de trabajo y del contrato de trabajo, así como también se expuso la posición relativa a considerar que, conforme a la redacción del Código Sustantivo de Trabajo, los elementos contenidos en su artículo 23 pueden ser, de acuerdo al criterio hermenéutico adoptado, los elementos esenciales de la relación de trabajo o los elementos esenciales del contrato de trabajo.

De acuerdo a la postura aquí acogida, habría que considerar entonces el contrato de trabajo desde dos puntos de vista. El primero se trata del contrato de trabajo entendido como una realidad jurídico objetiva, es decir, como aquella relación de trabajo donde concurren los elementos del artículo 23. Sobre esto

37 La Ley 1562 de 2012 dice:

> Son afiliados al Sistema General de Riesgos Laborales a) en forma obligatoria: Los estudiantes de todos los niveles académicos de instituciones educativas públicas o privadas que deban ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para la respectiva institución o cuyo entrenamiento o actividad formativa es requisito para la culminación de sus estudios, e involucra un riesgo ocupacional, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida dentro del año siguiente a la publicación de la presente ley por parte de los Ministerio de Salud y Protección Social. Las condiciones generales de afiliación y cotización fueron reglamentadas por el Decreto 055 de 2015.

trató el título anterior, en el cual se hizo referencia a la relación de trabajo y a sus elementos esenciales.

El segundo consiste en un acuerdo de voluntades, mediante el cual una persona natural se compromete a realizar determinada prestación en favor de otra, a cambio de una remuneración y bajo continuada dependencia, tal como expresamente lo establece el artículo 5, el cual fue estudiado anteriormente. El contrato de trabajo es, de esta manera, un acto jurídico que tiene las siguientes características:

- Es sinalagmático, puesto que las partes se obligan recíprocamente, es decir, el trabajador a realizar la prestación y el empleador a pagar una remuneración en contraprestación.
- Es consensual, en otras palabras, se perfecciona con el solo consentimiento de las partes.
- Es oneroso, puesto que las partes tienen por objeto percibir utilidad del contrato.
- Es de tracto sucesivo, esto es, que se ejecuta a través del tiempo y este suceder de actos genera nuevas obligaciones de orden legal: primas, cesantías, vacaciones, indemnizaciones, etcétera.
- Puede ser verbal o escrito y debe establecer, por lo menos, la prestación personal que se contrata. Se considera un acto jurídico conmutativo en el sentido de condicionar su ejecución al cumplimiento recíproco de las obligaciones, de ahí que se pueda dar aplicación al mutuo disenso tácito en caso de incumplimiento por parte del trabajador.

Elementos esenciales del contrato de trabajo

El contrato de trabajo, entendido como un acuerdo de voluntades, implica la existencia de unos presupuestos que son comunes a todos los contratos. Por tanto, se debe acudir a la normatividad civil y a su doctrina, que han desarrollado las reglas jurídicas y las teorías clásicas de la materia. En esta línea, el artículo 1502 del Código Civil establece los presupuestos que son requisito para obligar y celebrar contratos, de la siguiente manera:

> Requisitos para obligarse. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario:
>
> 1o.) Que sea legalmente capaz.

> 2o.) Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.
>
> 3o.) Que recaiga sobre un objeto lícito.
>
> 4o.) Que tenga una causa lícita.
>
> La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

Se analizarán, a continuación, cada uno de estos elementos esenciales que, como se advirtió, son comunes a todos los contratos. No obstante, se expondrá por qué los efectos jurídicos de estos elementos difieren del tratamiento destinado a los contratos de trabajo, tal como se esperaría de un contrato sui generis, muy diferente de aquellos tipificados por el Derecho Privado.

- *La capacidad para contratar.* Dice el inciso final del artículo 1502, citado previamente, que la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar, por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra. Por su parte, los artículos 1503 y 1504 establecen que se debe presumir la capacidad legal de las personas y determinan quiénes son relativamente incapaces y absolutamente incapaces:

> ARTÍCULO 1503. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD. Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces.
>
> ARTÍCULO 1504. INCAPACIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA. Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y sordomudos, que no pueden darse a entender por escrito.
>
> Sus actos no producen ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución.

A partir de la expedición de la Ley 27 de 1977 se fijó la mayoría de edad en 18 años, antes establecida en 21, de ahí que, con anterioridad a su expedición, la capacidad jurídica para contraer derechos y obligaciones difería en materia civil y en materia laboral.

La capacidad de contratar en materia laboral encuentra su fuente normativa en el Código Sustantivo de Trabajo, que establece en su artículo 29 que "tienen capacidad para celebrar el contrato individual de trabajo, todas las personas que hayan cumplido dieciocho (18) años de edad". Por otra parte, el artículo 31 del Código Sustantivo de Trabajo determina que,

> si se estableciere una relación de trabajo con un menor sin sujeción a lo preceptuado en el artículo anterior, el presunto {empleador} estará sujeto al cumplimiento de to-

> das las obligaciones inherentes al contrato, pero el respectivo funcionario de trabajo puede, de oficio o a petición de parte, ordenar la cesación de la relación y sancionar al {empleador} con multas.

Mientras tanto, el artículo 171 del Código Sustantivo de Trabajo, el cual fue modificado por el artículo 4 del Decreto 13 de 1967, dispone:

1. Los menores de catorce (14) años no pueden trabajar en las empresas industriales, ni en las empresas agrícolas cuando su labor en éstas les impida su asistencia a la escuela.
2. Los menores de dieciocho (18) años no pueden trabajar durante la noche, excepto en empresas no industriales y en el servicio doméstico, y siempre que el trabajo no sea peligroso para su salud o moralidad.
3. Los menores de dieciocho (18) años no pueden trabajar como pañoleros o fogoneros, en los buques de transporte marítimo.
4. Todo patrono debe llevar un registro de inscripción de todas las personas menores de dieciocho (18) años empleadas por él, en el que se indicará la fecha de nacimiento de las mismas.

En dicotomía, la otra fuente normativa a tener en cuenta es el Código de Infancia y Adolescencia, que en sus artículos 35 y 114 establece las condiciones y límites para la admisión de los menores para trabajar:

> Artículo 35. Edad mínima de admisión al trabajo y derecho a la protección laboral de los adolescentes autorizados para trabajar. La edad mínima de admisión al trabajo es los quince (15) años. Para trabajar, los adolescentes entre los 15 y 17 años requieren la respectiva autorización expedida por el Inspector de Trabajo o, en su defecto, por el Ente Territorial Local y gozarán de las protecciones laborales consagradas en el régimen laboral colombiano, las normas que lo complementan, los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia, la Constitución Política y los derechos y garantías consagrados en este código.
>
> Los adolescentes autorizados para trabajar tienen derecho a la formación y especialización que los habilite para ejercer libremente una ocupación, arte, oficio o profesión y a recibirla durante el ejercicio de su actividad laboral.
>
> Parágrafo. Excepcionalmente, los niños y niñas menores de 15 años podrán recibir autorización de la Inspección de Trabajo, o en su defecto del Ente Territorial Local, para desempeñar actividades remuneradas de tipo artístico, cultural, recreativo y deportivo. La autorización establecerá el número de horas máximas y prescribirá las

> condiciones en que esta actividad debe llevarse a cabo. En ningún caso el permiso excederá las catorce (14) horas semanales.
>
> [Y] Artículo 114. Jornada de trabajo. La duración máxima de la jornada laboral de los adolescentes autorizados para trabajar, se sujetará a las siguientes reglas:
>
> 1. Los adolescentes mayores de 15 y menores de 17 años, sólo podrán trabajar en jornada diurna máxima de seis horas diarias y treinta horas a la semana y hasta las 6:00 de la tarde.
> 2. Los adolescentes mayores de diecisiete (17) años, sólo podrán trabajar en una jornada máxima de ocho horas diarias y 40 horas a la semana y hasta las 8:00 de la noche.

Las normas transcritas deben ser interpretadas de manera coordinada y a la luz de lo dispuesto por los mandatos superiores contenidos en la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales.[38] ¿Qué ocurre si no se cumplen los requisitos contenidos en la norma precedente? ¿Si, por ejemplo, se contrata a un menor de 14 años para un trabajo sin permiso de sus padres y sin permiso de la autoridad administrativa correspondiente al domicilio del menor? Por dar un ejemplo, se tiene el caso de un niño de 13 años que trabaja como actor para un canal de televisión, sin permiso escrito de sus padres y sin autorización administrativa del inspector del trabajo.

De acuerdo a lo que establece la precitada norma, el menor de edad no posee capacidad para depositar su consentimiento mediante un contrato de trabajo, en otras palabras, no tiene capacidad para contratar. No obstante, y a pesar de no contar con la capacidad legal para contratar, este es el caso arquetípico de la figura del "contrato realidad". El menor ha prestado un servicio bajo continuada dependencia de la empresa de televisión a cambio de un salario, esto quiere decir que su relación laboral constituye un contrato de trabajo y que, a pesar de la inexistencia de la capacidad requerida, se le aplican las normas del Derecho Individual de Trabajo.

Es una relación laboral que trae consigo efectos jurídicos del contrato de trabajo para las partes, a pesar de que el acuerdo de voluntades se encuentra viciado de nulidad por ausencia de capacidad de uno de los contratantes, puesto que el menor carece de capacidad para obligarse. En la práctica, y en caso de

38 Ver Convenio núm. 5º de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por la Ley 129 de 1931.

incumplimiento de alguna de las obligaciones prestacionales del empleador, el menor puede reclamar sus derechos ante los jueces laborales, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por parte del inspector de trabajo, quien además puede ordenar finalizar la ejecución del contrato. El menor puede, además, acudir a la jurisdicción laboral sin abogado, lo que se constituye en una capacidad procesal anticipada. En todo caso, el juez deberá asignarle curador *ad litem* para el desarrollo de la Litis.

- *El consentimiento libre de vicios*. El consentimiento es la manifestación libre y voluntaria de celebrar un contrato, por lo que debe estar exento de vicios. Aquí debe hacerse una anotación y es que, en realidad, la libertad y voluntad del trabajador al acceder a un cargo son relativas a las condiciones del mercado laboral. Regularmente es el empleador quien determina las condiciones generales, tales como las funciones, horarios, salario, entre otras, por esta razón algunos autores comparan los contratos de trabajo con los contratos de adhesión. No obstante, debe considerarse que, a diferencia de los contratos de adhesión en materia civil o mercantil, el contrato de trabajo goza de las garantías propias del Derecho Laboral, esto es, del carácter de orden público de sus mandatos y, principalmente, de los principios de primacía de la realidad y de favorabilidad.

En materia laboral el consentimiento puede ser expreso o tácito y en esto se concatenan la Teoría Contractualista y la de la Relación de Trabajo. Así puede comprenderse el por qué desde la perspectiva contractualista el fenómeno jurídico de la prestación laboral puede configurar en sí mismo un contrato de trabajo.

Dice el artículo 1508 del Código Civil, que los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo. Se empezará con el análisis de la fuerza. Al inicio del presente artículo se estudió que la libertad constituye un principio cardinal en el trabajo y que ella es la que separa la naturaleza del trabajo de la esclavitud. Por tanto, la fuerza es un vicio del consentimiento que se refiere a la vulneración de esta libertad de contratar o acceder a un trabajo voluntariamente. La fuerza es toda coacción física o moral, por parte de una entidad, que es suficiente para influir o doblegar la conducta humana y que, a diferencia del temor reverencial, sí es suficiente para viciar el consentimiento.[39] La fuerza puede provenir de una de las partes o de un tercero. El artículo 1513 del Código Civil dice:

39 Lino Acevedo Gómez, *Derecho Individual del Trabajo* (Bogotá: Editorial Temis, 1982).

> La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.
>
> El temor reverencial, esto es, el solo temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto, no basta para viciar el consentimiento.

Por otra parte, el error es la discordancia entre lo que se piensa y la realidad o, dicho de otra manera, el falso concepto sobre alguna cosa. Acorde con la teoría clásica de los contratos, el error puede ser de hecho o de Derecho. El error acerca de un punto de Derecho no tiene relevancia jurídica en materia laboral, mientras que los errores que recaen en situaciones de hecho vician el consentimiento.

Un ejemplo arquetípico de error ocurre en el siguiente caso: un empleador contrata a un trabajador con la creencia de que este último tiene una determinada experiencia o un conjunto de conocimientos técnicos o científicos, los cuales resultan necesarios para llevar a cabo el ejercicio del cargo y, por tanto, son la causa principal del contrato. Sin embargo, resulta que dicha experiencia y conjunto de conocimientos no hacen parte de la realidad del trabajador. En esta medida no existe culpa alguna del empleador contratante, sino que existe un error, que hace que el contrato se encuentre viciado de nulidad.[40]

Finalmente, el dolo en Derecho tiene dos acepciones. Existe, por un lado, el dolo general, que hace alusión al elemento subjetivo de los actos jurídicos, es decir, a la voluntad de realizar determinada acción o de omitirla, con la conciencia de los efectos jurídicos de tal realización.

Y, por otro lado, existe el dolo contractual, que es la voluntad de engañar al otro. En otras palabras, es toda mentira, engaño, maquinación o artificio de una de las partes, con el objetivo de causar un daño a la otra.[41] El dolo puede provenir del empleador, por ejemplo, respecto a las condiciones del contrato, a la forma o a la cantidad de trabajo; también del trabajador, por ejemplo, respecto al aporte de documentos falsos que le acrediten las competencias para realizar el trabajo.

40 Ibid., 22.

41 Confrontrar: Ossorio y Florit y Cabanellas De Las Cuevas, *Diccionario de Derecho*.

A diferencia de la fuerza, el dolo proveniente de un tercero no vicia el consentimiento en ninguna clase de contrato, tampoco en el laboral.

- *Causa lícita.* Desde el punto de vista filosófico, el causalismo es una línea de pensamiento que se contrapone al determinismo y al casualismo. El causalismo explica que todas las situaciones de la vida son resultado de hechos o actos anteriores, es decir, tienen una causa anterior, y esta cadena de causas y resultados es lo que estudia dicha corriente. Así, el causalismo se encuentra estrechamente relacionado con el liberalismo y el racionalismo Kantiano. Gran parte de las construcciones jurídicas modernas se basan en el concepto cristiano del libre albedrío, que tiene a su vez origen en las ideas del causalismo. Empero, la idea de causa no sigue una línea conceptual idéntica en todas las ramas del Derecho.

En materia contractual, la causa es aquel motivo que conduce a contratar. Para que esto se entienda mejor, se puede acudir a un ejemplo del *iuspenalismo*, más propio del finalismo, que puede dar luces para ello. El caso: cuando alguien va al cine debe realizar una serie de actos, entre ellos bañarse, vestirse, tomar un transporte o conducir al teatro, comprar la boleta y esperar a la función. Toda esta serie de actos tiene un motivo final, una causa determinada por la intención de ese alguien, esa causa es ver una película en el cine. En materia contractual la causa hace referencia a la causa final, es decir, al leitmotiv que lleva a los contratantes a dar su consentimiento en el acuerdo de voluntades.

El profesor Guillermo González Charry, con fundamento en las ideas expuestas por Joserand sobre la causa, enseña:

> No es, pues la apariencia de lo que se busca con el contrato, sino la realidad de lo que con él se persigue, lo que debe servir de fundamento a la teoría. Es en esta realidad donde debe buscarse la causa de las obligaciones, porque en ella se encuentra la conformidad entre la intención de los contratantes al celebrar el acto jurídico y el resultado obtenido por aquella al llevarlo a cabo; y es allí donde pueden apreciarse en toda su dimensión, en un momento dado, los hechos o circunstancias que, al alejarse de esos fines intencionadamente perseguidos, constituyen una falla en el cumplimiento de las obligaciones, una imposibilidad del mismo, o un motivo determinante de su resolución[…] Podría decirse, para dar un contenido doctrinario moderno al viejo artículo 1524 del Código Civil, que el motivo extrínseco y de los resultados futuros que ha impulsado a las partes al acto o contrato, es lo que viene a constituir la causa del mismo. Criterio éste que es aplicado al contrato individual del trabajo.[42]

42 González Charry, *Derecho del Trabajo*, 125.

Si la causa de celebración del contrato es ilícita, el contrato estará necesariamente viciado de nulidad. Por ejemplo, un empresario contrata a un contador para que le lleve la administración de alguno de sus negocios, su intención es que una persona realice el maquillaje de los balances financieros y otra clase de diligencias fraudulentas, para así eludir la responsabilidad frente a sus socios en la empresa. Al contratar al asesor contable, este último asiente en la causa del contrato y desarrolla su labor en función de cubrir los manejos irregulares del negocio a los socios de su empleador. En sí mismo, el desarrollo de la labor contable no implica ninguna ilicitud, mientras que los negocios comerciales de la empresa son asimismo totalmente lícitos. No obstante, el acuerdo de voluntades sí conlleva una causa ilícita, destinada a ocasionar un perjuicio a los demás socios de la empresa a través de actividades irregulares. En el caso planteado, los socios defraudados podrían aducir y probar una causa ilícita como motivo de nulidad del contrato de trabajo y negarse a que la empresa pague los emolumentos laborales al contador transgresor de la ley.

El Decreto 2351 de 1965, que reformó el artículo 47 del Código Sustantivo de Trabajo, establece "que el contrato a término indefinido tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen, y la materia del trabajo". Se dará a continuación otro ejemplo, el cual puede indicar en qué consiste la causa de un contrato de trabajo y el tratamiento que se le puede dar a la precitada norma.

Una pequeña pero prestigiosa sociedad de abogados gana una licitación con una entidad del Estado, para el desarrollo de asesorías legales en un proyecto específico. Con base en el contrato estatal, la sociedad selecciona y contrata determinado número de abogados, quienes llevarán a cabo sus labores en función única del proyecto antedicho, situación que queda establecida en el contrato de trabajo de forma unívoca y expresa. La entidad del Estado, dentro de sus potestades exorbitantes, decide poner fin al proyecto y al contrato de asesoría con la firma. En los términos del artículo precitado, para este caso debe extinguirse el contrato de trabajo con los abogados seleccionados, puesto que su causa o materia ha desaparecido.

- *Objeto lícito.* El objeto de un contrato hace referencia a la prestación sobre la cual recae el acuerdo de voluntades, es decir, la finalidad directa que se persigue con este. En el caso del contrato de trabajo, el objeto es, para el empleador, la realización de la prestación personal, es decir, la puesta en marcha de la fuerza de

trabajo del empleado con el fin de aprovecharla en su empresa. Mientras que, para el empleado, es el obtener el pago del salario y demás emolumentos laborales como contraprestación de su servicio, a fin de adquirir un medio de subsistencia.

El artículo 1519 del Código Civil establece que "hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación". Un ejemplo sencillo de esto ocurre cuando la prestación contratada constituye un delito, como podría ser el contratar a alguien para comercializar productos de contrabando o contratar a un sicario para asesinar a otro ser humano. En estos casos se está contratando un objeto ilícito.

Aquí las consecuencias de la causal de nulidad varían dependiendo del conocimiento que tiene el trabajador de la actividad ilícita que traslapa el cumplimiento de su prestación. Si conoce de la ilicitud, no le es posible alguna acción jurídica, dada la nulidad absoluta del contrato. En caso de desconocimiento e imposibilidad de conocer y consentir la ilicitud del objeto del contrato, el trabajador tiene derecho a acceder a la justicia mediante la jurisdicción laboral.

La diferencia entre objeto y causa lícita radica en que el primero se refiere al motivo inmediato de la celebración del acto jurídico, inmerso siempre en las obligaciones mismas del contrato, mientras que la segunda consiste en un motivo anterior o ulterior a las obligaciones mismas del contrato y puede ser de naturaleza externa al contrato mismo. En algunas ocasiones el objeto y la causa del contrato pueden coincidir.

Elementos accidentales del contrato de trabajo

Los elementos accidentales del contrato de trabajo son esas cláusulas que, sin pertenecer al contrato, no se introducen ni esencial ni naturalmente en el mismo. A continuación se citan algunos ejemplos de estas cláusulas, las cuales se presentan habitualmente en el desarrollo de los contratos laborales:

- La cláusula de exclusividad, mediante la cual el trabajador se compromete, en vigencia del contrato de trabajo, a no prestar sus servicios a otro empleador. Se diferencia de la cláusula de no concurrencia, proscrita por el Estatuto Laboral, en cuanto esta última hace relación al compromiso de no trabajar para otros empleadores en determinado oficio o actividad con posterioridad a la vigencia del contrato de trabajo.

- La cláusula de reserva o confidencialidad, en la que el trabajador se compromete a guardar de forma confidencial toda la información a la que acceda en el ejercicio de su trabajo.
- La cláusula de permanencia, mediante la cual se pacta determinado beneficio para el trabajador y aquel, en contraprestación, se obliga a permanecer en el cargo por determinado tiempo, so pena del pago de una multa pecuniaria.
- La cláusula de beneficios extralegales, por la cual se pacta el pago de beneficios adicionales diferentes a los consagrados en la ley, por ejemplo, auxilios o planes de servicios dentales o médicos, planes educativos, bonos de marcha o permanencia, quinquenios, descansos remunerados, etcétera.
- La cláusula de desalarización, mediante la cual las partes acuerdan que determinadas sumas que se pagan al trabajador no tienen carácter salarial.

Es importante recordar que, en aplicación del artículo 43 del Código Sustantivo de Trabajo, cualquier cláusula o estipulación contractual que vulnere o desmejore los derechos del trabajador o las condiciones contenidas en las normas del trabajo, los fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y los reglamentos de trabajo, serán cláusulas ineficaces, esto es, que no producirán ningún efecto. No obstante, el mismo precepto legal establece que todo trabajo ejecutado en virtud de tales cláusulas obligará al reconocimiento y pago de los derechos legales o extralegales, dispuestos como contraprestación por su ejercicio.

La discusión actual

La flexibilización laboral frente a la constitucionalización del Derecho del Trabajo

A mediados de la década de los 80 del siglo pasado, los Estados Nacionales se vieron enfrentados a nuevos retos económicos y sociales, que hicieron que se buscara la forma de hacer más flexible el régimen laboral, con el propósito principal de combatir el desempleo y permitir un florecimiento en la producción agroindustrial y de servicios. Ante estos retos, el denominado Consenso de Washington planteó las políticas y medidas que debían tomar los Estados en vía de desarrollo, en aras de enfrentar estas nuevas realidades. Así es que la globalización de los

mercados y la explosión técnica y tecnológica determinaron la necesidad de mejorar la competitividad económica de los Estados, de atraer la inversión extranjera y de incrementar las exportaciones para lograr una balanza comercial positiva. Junto a esto, los regímenes laborales debían ser menos rígidos.

En consecuencia, y con la expectativa de obtener esos fines trazados, diversas leyes de flexibilización laboral se expidieron en países de América Latina y de otras latitudes, cuyas economías fueran emergentes. En Colombia se contrató una misión de expertos, dirigida por el Economista Holis Chenery, para que diera un diagnóstico acerca de la realidad del trabajo y cuáles deberían ser las propuestas de reforma que ayudarían a mejorar la situación económica de ese entonces. Con base en aquellos estudios se expidió la Ley 50 de 1990, el día 28 de diciembre de ese mismo año, y posteriormente fueron expedidas otras leyes, todas con un contenido de flexibilización en materia de trabajo, entre las que se encuentra la Ley 789 de 2002.

A continuación se abordarán las principales reformas de la Ley 50 de 1990.

- *La eliminación de la estabilidad laboral reforzada de trabajadores que llevaren más de diez años laborados*. La Ley 50 modificó el contenido del artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo, reformado por el Decreto 2351 de 1965, el cual regula lo concerniente a la indemnización por despido sin justa causa.[43] El artículo establecía que los trabajadores que llevaran cumplidos 10 años o más de trabajo y fueran despedidos sin justa causa, tenían derecho a demandar ante el juez de trabajo, solicitando que se les reintegrara en el cargo, bajo las mismas condiciones de las cuales gozaban antes del despido, además del pago de los salarios dejados de percibir entre el momento del despido y el momento del reintegro en el cargo. En caso de que el juez considerara que el reintegro no era aconsejable, podía *arbitrio iuris* ordenar en su lugar el pago de la indemnización.

43 El artículo 64 del CST, modificado por el Decreto 2351 de 1965, establecía en su numeral 5º:

> Con todo, cuando el trabajador hubiere cumplido diez (10) años continuos de servicios y fuere despedido sin justa causa, el Juez del Trabajo podrá mediante demanda del trabajador, ordenar el reintegro de éste en las mismas condiciones de empleo de que antes gozaba y el pago de los salarios dejados de percibir, o la indemnización en dinero prevista en el numeral 4. literal d) de este artículo. Para decidir entre el reintegro y la indemnización, el juez deberá estimar y tomar en cuenta las circunstancias que aparezcan en el juicio, y si de esa apreciación resulta que el reintegro no fuere aconsejable en razón a las incompatibilidades creadas por el despido, podrá ordenar, en su lugar, el pago de la indemnización.

La posibilidad de obtener judicialmente el reintegro, buscaba proteger a los trabajadores que se acercaban a obtener la pensión de jubilación, de que fueran despedidos por esa situación. En el tiempo en que se desarrolló el proyecto de reforma se llegó a considerar que, dada la subrogación de las pensiones en cabeza del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, no existía razón jurídica para mantener dicha disposición, puesto que imponía un fardo económico muy gravoso a los empleadores, impidiendo el mejor desarrollo de la economía. Por esa razón, la Ley 50 eliminó el reintegro, dejando vigente la indemnización.

Para no perjudicar a quienes llevaran tiempo suficiente bajo el marco legal anterior, la misma reforma permitía a los trabajadores que tuvieran más de 10 años de labor, mantener esa garantía a la entrada en vigencia de la Ley 50[44], a menos de que decidieran voluntariamente acogerse al nuevo régimen. Consecuentemente, y con el fin de que más trabajadores se ampararan en la reforma, dentro de esta se mejoró, respecto al régimen anterior, la indemnización por el despido injusto. Ulteriormente, la Ley 789 de 2002 reformaría nuevamente el artículo 64, imponiendo una nueva tabla indemnizatoria y manteniendo en forma definitiva la eliminación del reintegro.

- *Autorización para celebrar contratos, a término fijo, inferiores a un año*. El artículo 46 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el Decreto 2351 de 1965, prohibía la celebración de contratos a término fijo inferiores a un año, condición que sería eliminada por el artículo 3 de la Ley 50. Dicha modificación sí permite la celebración de contratos de esta naturaleza. Con el fin de evitar una marcada inestabilidad, y con arreglo a esta permisión, la Ley 50 dispuso un límite de 3 prorrogas a dichos contratos, después de las cuales se entiende que estos son prorrogados por el periodo de un año, el cual puede ser superior, si así lo disponen las partes, pero nunca inferior a ese término.

- *Reforma al sistema tradicional retroactivo de cesantías y cambio al sistema anualizad*o. Antes de la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, las cesantías se liquidaban retroactivamente. Es decir, los montos correspondientes a este ahorro forzado, se encontraban durante toda la relación laboral en manos del empleador, quien, al momento de terminación de la relación, debía liquidarlos y pagarlos

44 Esto es, al 1 de enero de 1991.

retroactivamente, con base en el último salario devengado, tomando en cuenta desde el primer hasta el último día laborado.

Los estudios de la Comisión de Empleo encargada para el asunto establecieron que esta forma de liquidación y pago del auxilio de cesantías generaba un problema financiero muy profundo en las grandes y medianas empresas, mientras que causaba la evasión en las pequeñas. Por lo tanto, recomendaron una reforma que se llevaría a cabo posteriormente con la Ley 50, que consistió en establecer un sistema anualizado de cesantías, por el cual los empleadores las liquidarían cada año y consignarían el respectivo monto a un fondo de cesantías, el cual se encargaría de resguardar y administrar esas sumas hasta el momento de la terminación de la relación laboral, o de entregarlas excepcionalmente al trabajador.

La ley 789 de 2002, otra importante norma de flexibilización laboral, efectuó otras importantes reformas, entre las cuales se pueden citar la extensión de la jornada diurna hasta las 10:00 p.m., la reducción del valor del recargo dominical y festivo y, como se observó anteriormente, la reducción de las sumas indemnizatorias en caso de despido sin justa causa.

En contraposición a la tendencia legislativa de hacer más flexible el Derecho del Trabajo, la Corte Constitucional ha ido ampliando y profundizando, a través de su jurisprudencia, las garantías laborales, con base en los principios de igualdad, solidaridad y dignidad humana. A este proceso, que no ha estado exento de críticas, se le ha denominado la constitucionalización del Derecho del Trabajo. Con base en los artículos 25 y 53 de la Carta Política, el Tribunal Constitucional ha desarrollado una extensa jurisprudencia en la que ha incluido factores de naturaleza social y económica para tomar y sustentar sus decisiones.

Podría afirmarse que, si bien este fenómeno jurisprudencial tiene muchas direcciones, lo cierto es que algunas de sus decisiones más reiteradas y principales se han referido al desarrollo del principio de la estabilidad laboral reforzada de diversa clase de trabajadores, esto es, de mujeres en estado de embarazo (fuero de maternidad), de trabajadores en estado de debilidad manifiesta (incapacidad, discapacidad u otras situaciones) y de trabajadores sindicalizados (fueros sindicales o circunstanciales).

Conclusiones

Del estudio realizado se pueden inferir las siguientes conclusiones. Primero, que el trabajo es una actividad humana que ocupa un espacio esencial dentro de la vida económica, social y política. Así mismo, que su característica fundamental es la de comportar la ecuación principal de las relaciones de producción dentro del sistema capitalista. En el desarrollo cotidiano de estas relaciones de producción, denominadas relaciones de trabajo, las personas naturales (trabajadores) efectúan prestaciones en favor de otras personas que pueden ser naturales o jurídicas (empleadores).

Segundo, que anteriormente el tratamiento conceptual y jurídico que se daba a este tipo de relaciones era aquel destinado a regular los contratos de Derecho Privado, asimilándolas a diferentes clases de contratos civiles y mercantiles. No obstante, los juristas alemanes vieron la necesidad de establecer mandatos especiales y, debido a la naturaleza particular de las relaciones de trabajo, se desarrolló una teoría jurídica que afirma los efectos jurídicos de la actividad del trabajo humano. Además, que esta actividad debe ser regulada teniendo en cuenta que se desarrolla como un fenómeno objetivo, que trasciende el acuerdo de voluntades que puede o no estar presente. De tal forma que los efectos jurídicos y las obligaciones surgen de la prestación misma del servicio, siempre que se trate de una relación de trabajo.

Tercero, que una relación de trabajo, de acuerdo a esta teoría, es aquella en la cual una persona realiza una prestación en favor de otra, sea esta natural o jurídica, bajo continuada dependencia o subordinación y a cambio de una contraprestación. En contraposición a la Teoría de la Prestación de Trabajo, persisten las ideas contractualistas que, sin negar la existencia de una situación objetiva en la actividad laboral, le dan a esta el carácter de contrato sui generis y, por tanto, hacen necesario el aplicar a esta realidad jurídica postulados propios del Derecho de las Obligaciones y Contratos.

Cuarto, respecto a las normas del Código Sustantivo de Trabajo que fueron analizadas, se puede afirmar que:

- Las relaciones de trabajo que regula el Código Sustantivo de Trabajo son aquellas regidas por un contrato de trabajo. El contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades que se celebra con el fin de que un trabajador

preste, a favor de un empleador, una determinada labor, en forma personal y bajo continuada subordinación, a cambio de una remuneración.

- Para que una relación laboral constituya un contrato de trabajo se requiere la reunión de tres elementos esenciales: prestación personal, subordinación y remuneración.
- El Código Sustantivo de Trabajo presume que toda relación laboral está regida por un contrato de trabajo. Se presumirá entonces que se trata de un contrato de trabajo, aplicándosele el régimen jurídico del contrato de trabajo contenido en el Estatuto Laboral, a aquella relación en la que alguien presta una labor en favor de otra, sin que medie la voluntad contractual o consentimiento acerca de la naturaleza laboral de la relación o de alguno de sus elementos, siempre que esta se preste de manera personal, bajo continuada dependencia o subordinación y por una remuneración. En esos términos, los principios de la primacía de la realidad y las subreglas que de ellos se derivan, como la ineficacia de las cláusulas *contra legem* o el principio del contrato realidad, cobran importancia a la hora de aplicar el Estatuto y demás normas del trabajo que le complementan. Para ello, el jurista debe observar las situaciones de hecho, las cuales componen e ilustran, en últimas, acerca de la existencia de los elementos esenciales, antes estudiados, de la relación laboral.
- Para establecer las diferencias entre los conceptos de relación y trabajo, se debe entender que el contrato de trabajo supone el consentimiento de las partes, que puede ser expreso o tácito. La relación laboral consiste en un fenómeno jurídico objetivo, que sucede cuando una persona presta a otra, bajo su continuada subordinación o dependencia, un determinado servicio laboral, a cambio de una contraprestación. En ese sentido, los elementos esenciales de la relación laboral coinciden con los elementos naturales del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal, la continuada subordinación o dependencia y el salario como remuneración.
- El contrato de trabajo tiene, a su vez, unos elementos esenciales, propios de todos los contratos y que, de acuerdo a la teoría clásica, son: el consentimiento libre de vicios, la capacidad de contraer obligaciones y un objeto y una causa lícitos. Por otra parte, los elementos accesorios del contrato de trabajo consisten en las cláusulas que se adicionan al mismo.

- A raíz de las transformaciones económicas, resultado de la globalización de los mercados, los Estados en vías de desarrollo se enfrentaron a la necesidad de reformar sus regímenes laborales con el fin de hacerlos más flexibles, permitiendo disminuir o reestructurar algunos de los derechos laborales. Para ese fin acogieron las recomendaciones establecidas por el denominado "Consenso de Washington", expidiendo diversas leyes reformatorias. De esta manera, por la sucesión de leyes expedidas con el fin de lograr una mayor flexibilidad laboral y por la disminución o terminación de ciertos derechos y garantías propias del Derecho Laboral, algunos tratadistas vaticinaron la futura extinción del Derecho del Trabajo.
- En Colombia las normas de flexibilización laboral más importantes fueron la Ley 50 de 1990 y la Ley 789 de 2002. Mediante ellas se transformó el sistema de liquidación y pago de cesantías, se proscribió la estabilidad laboral reforzada para personas con más de 10 años de trabajo realizado, se permitió la desalarización consensuada de ciertos pagos laborales, el incremento del horario diurno de trabajo, la disminución del pago extraordinario del trabajo dominical, entre otras.
- Sin embargo, el fenómeno de la constitucionalización del Derecho Laboral colombiano, por efecto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, ha llevado esta rama del Derecho en un sentido contrario, ampliando, profundizando e incluso creando nuevas garantías laborales. Algunas de las decisiones en las que se evidencia de mejor manera este fenómeno están relacionadas con la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada y lactante y de las personas que se encuentran en situaciones de debilidad manifiesta, así como otra clase de fueros laborales.

Bibliografía

Acevedo Gómez, Lino. *Derecho Individual del Trabajo*. Bogotá: Editorial Temis, 1982.

Afanador Núñez, Fernando, Gerardo Arenas Monsalve y Hernando Herrera Vergara. *Código Sustantivo de Trabajo. Análisis histórico – crítico.* Colombia: Legis Editores, 2000.

Álvarez Pereira, Carlos y Angélica Molina Higuera, eds. académicos. *Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*, Tomo II, Derecho Laboral. Bogotá: Editorial Temis, 2010.

Barreto, José Vicente, ed. jurídico. *Derecho Laboral Individual. 10 años de jurisprudencia 1991 – 2001*. Bogotá: Legis Editores, 2000.

Benítez Pinedo, Jorge Mario et al. *Derecho del trabajo actual: escritos en homenaje a la Universidad Externado de Colombia en sus 125 años*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

Caamaño Rojo, Eduardo. "La Parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del derecho del trabajo". *Revista Laboral Chilena*, (2004): 61 y (2005): 68. http://ocw.pucv.cl/cursos-1/der351/materiales-de-clases/articulos-profesor/laparasubordinacion

Campos Rivera, Domingo. *Derecho Laboral Colombiano*, 5ta ed. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

Código Civil, 41ª ed., Colección Códigos Básicos. Bogotá: Editorial Legis, 2018.

Código de la Infancia y la Adolescencia: versión comentada. Bogotá: Editorial UNICEF, 2007.

Código Sustantivo de Trabajo y Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, 35ta ed., Colección Códigos Básicos. Bogotá: Editorial Legis, 2015.

Constaín, Miguel Antonio. *Jurisprudencia del Trabajo*, Volúmenes I, II y III. Bogotá: Editorial Temis, 1975.

Constitución Política de Colombia, 40va ed., Colección Códigos Básicos. Bogotá: Editorial Legis, 2018.

De La Cueva, Mario: *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, 2da ed. México: Editorial Purrúa, 1972.

Gómez Escobar, Sehir. *Legislación laboral: teoría y práctica*. 7ma ed. Bogotá: Mc Graw Hill, 2014.

González Charry, Guillermo. *Derecho del Trabajo*, 2da ed. Bogotá: Editorial Temis, 1970.

Guerrero Figueroa, Guillermo. *El Derecho Laboral en la Nueva Constitución*. Tomo IV, Compendio de Derecho Laboral. Bogotá: Editorial Leyer, 1995.

Jaramillo Jassir, Iván Daniel. "Presente y futuro del derecho del trabajo: breve historia jurídica del derecho del trabajo en Colombia". *Revista Opinión Jurídica* 9, N° 18(2010): 57 -74.

Jaramillo Jassir, Iván Daniel. *Principios Constitucionales y Legales del Trabajo en Colombia*. 2da ed. Bogotá: Legis Editores S.A., 2015.

Levaggi, Virgilio. "¿Qué es el trabajo decente?" *Sala de Prensa* (blog), *Organización Internacional del Trabajo (OIT)*. 9 de agosto de 2004, http://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_LIM_653_SP/lang-- es/index.htm.

Ossorio Y Florit, Manuel y Guillermo Cabanellas De Las Cuevas. *Diccionario de Derecho*, 1ra ed., Tomos I y II. Buenos Aires: Heliasta, 2007.

Ostau de Lafont de León, Francisco Rafael. *La Libertad Sindical en el Mundo del Trabajo en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017.

Pedraza Cuervo, Ariel. *Estatuto de la Seguridad Social y Pensiones. Anotado*, 18va ed. Bogotá: Editorial Leyer, 2014.

República De Colombia - Ministerio De Justicia, Derecho Laboral, Primera Parte, Curso de Capacitación para Jueces de La República, Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 1989.

Weissbrodt, David Y La Liga Contra La Esclavitud. *La Abolición de la Esclavitud y sus formas contemporáneas*. Nueva York – Ginebra: Naciones Unidas - Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2002. http://www.ohchr.org/Documents/Publications/slaverysp.pdf.

PRECISIONES CONCEPTUALES E IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA DEL TELETRABAJO

3

Carlos Diazgranados

Introducción

El presente capítulo tiene como finalidad fundamental ilustrar al lector sobre la institución del teletrabajo, partiendo desde su definición en su concepción inicial, pasando por su evolución a lo largo de las últimas décadas, para finalmente aterrizarlo en el caso colombiano. Esto permitirá identificar su nacimiento bajo la órbita de nuestro ordenamiento jurídico, así como el marco normativo aplicable y las ventajas de su implementación, las cuales desde ya vale la pena mencionar en términos de rentabilidad y productividad.

Sin embargo, este es el momento oportuno parar precisar que dicha institución obedece a una de las manifestaciones o concreciones de la flexibilización de las relaciones laborales y, por consiguiente, a una ruptura en la pugna entre la dinamicidad de la cotidianidad y la estaticidad de la norma. Esto, en muy buena medida gracias a los avances tecnológicos. A la postre, si bien la misma figura representa numerosas ventajas para los empresarios, lo cierto es que quienes realizan su actividad personal a cambio de una remuneración bajo la modalidad denominada teletrabajo también cuentan con los mismos derechos, prerrogativas y privilegios de cualquier otro trabajador.

El presente capítulo no solo se centrará en el estudio conceptual y normativo de la institución del teletrabajo, sino que, además, brindará un enfoque práctico de cara a la implementación de dicha figura. Este enfoque no solo ofrece una ilustración pragmática, sino que seguramente servirá de guía a las partes involucradas en la relación laboral, frente al paso a paso que hay que seguir para evitar caer en alguna imprecisión por desconocimiento. Así, propende a la concreción y materialización de una institución que día a día ha venido proliferando y que cobra más importancia en nuestra actualidad.

El teletrabajo

Con el paso de los años, la experiencia nos ha enseñado que el individuo se ha encaminado en una constante búsqueda y creación de elementos y herramientas, que le permitan brindar una satisfacción efectiva e integral a sus necesidades, propendiendo por una mejor calidad de vida.

Poco a poco dichos esfuerzos han permeado la esfera de las relaciones de trabajo a nivel global, en donde estas van de la mano con el advenimiento de los distintos avances tecnológicos, modernizando de algún modo el desenvolvimiento normal de estos vínculos.

Lo anterior quiere decir que las innovaciones tecnológicas, las cuales han venido en un creciente y constante cambio y evolución, han impregnado todas y cada una de las relaciones humanas y las áreas del conocimiento, así como han estado presentes en la satisfacción eficiente y eficaz de las necesidades individuales y sociales.

El teletrabajo, aunque puede existir alguna discrepancia en la titularidad y época de la creación de esta figura, para gran parte de la doctrina[45] nace en Estados Unidos, aproximadamente hacia 1973, dentro del contexto de la crisis del petróleo, cuando el físico e ingeniero norteamericano Jack Nilles implementó este esquema de trabajo en una compañía aseguradora, encontrando un aumento sustancial en la producción y generando ahorros importantes.

Nilles afirmó que si 1 de cada 7 trabajadores urbanos no tuviera que desplazarse a su lugar de trabajo, Estados Unidos no tendría la necesidad de importar

45 Carmen Pérez y Ana María Gálvez, "Teletrabajo y vida cotidiana: ventajas y dificultades para la conciliación de la vida laboral, personal y familiar". *Athenea Digital de la Universitat Oberta de Catalunya*, n. 15 (2009): 58, Recuperado de: http://www.raco.cat/index.php/Athenea/article/viewFile/130689/180431

petróleo.[46] Así mismo, en ciertas empresas –algunos se refieren especialmente a la *IBM*– se permitía que los altos ejecutivos realizaran labores a distancia, desde sus hogares y hoteles, logrando con esta medida dos finalidades: reducir costos y aprovechar el tiempo libre.[47]

En Europa, durante las décadas de los 80 y 90, los gobiernos de Austria y Alemania -entre otros-, comenzaron a implementar proyectos de "telecentros", aplicados principalmente al desarrollo de zonas rurales. A diferencia del concepto de *telecommuting* de Estados Unidos, en donde cualquier persona que trabajara fuera del lugar habitual de producción de los bienes o servicios estaba teletrabajando, en Europa el elemento clave del teletrabajo ("telework", "teleworking", "telenetworking") era la utilización de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones (TICs).[48]

Más adelante, Estados Unidos evoluciona en su percepción, de la mano de los avances tecnológicos, llegando a entender el concepto de teletrabajo como aquel que opera a partir de dos características esenciales indivisibles o inseparables entre sí: la prestación de un servicio personal a distancia y la realización del mismo con el apoyo de medios tecnológicos y de comunicaciones.

El sistema español habla del e-work, el cual no solo se caracteriza a partir de la distancia respecto a un lugar físico, sino que comprende conceptos como la flexibilidad en el empleo, la mejora en la calidad de vida del empleado y el ahorro en costos operacionales.[49]

Por su parte, en América Latina el reconocimiento y la adopción del teletrabajo han sido relativamente recientes. Chile fue el primer país que, en el año 2001, modificó su normatividad para señalar la cobertura de los derechos de los trabajadores de esta nueva modalidad.[50]

46 Jack Nilles, *The Telecommunications-Transportation Tradeoff. Options for Tomorrow* (New York: John Wiley & Sons, 1976).

47 Yanira Yolesmy Manosalva Colmenares, "El Teletrabajo: Una Oportunidad para la Generación de Competitividad en las Empresas Colombianas" (trabajo de grado, Universidad Militar, 2016), 4, https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/14584/ManosalvaColmenaresYaniraYolesmy2016.pdf;jsessionid=23B5702E001D0C2CCD35C2ED3DF9B708?sequence=3

48 Pamela Gallusser, "Creciente avance del teletrabajo como modalidad laboral. El caso de la teletraducción en Rosario", *La trama de la comunicación* 10 (2005): 3, http://www.redalyc.org/pdf/3239/323927060015.pdf

49 P. Johnston y J. Nolan, *EWork 2002: Status report on new ways to work in information society.*

50 Mariana Gareca, Rocío Verdugo, José Luis Briones y Aldo Vera, "Salud Ocupacional y Teletrabajo", *Revista Ciencia y Trabajo*, No. 25(2007): 85-88.

El teletrabajo busca optimizar el aprovechamiento de los recursos y, de alguna u otra manera, reducir o más bien administrar de mejor forma los costos inherentes a las relaciones laborales.

En septiembre de 2002, en el marco de la Unión Europea, se celebró el Convenio del Teletrabajo, a través del cual se llegó a un acuerdo sobre las condiciones de los trabajadores que hacen uso de las tecnologías de la información y comunicación (TICs) como formas para desarrollar su labor.[51]

En el caso de Colombia, el concepto aparece con la expedición de la Ley 1221 de 2008, la cual define la figura del teletrabajo en los siguientes términos:

> Artículo 2°. Definiciones. Para la puesta en marcha de la presente ley se tendrán las siguientes definiciones:
>
> **Teletrabajo**. Es una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo.
>
> El teletrabajo puede revestir una de las siguientes formas:
>
> - **Autónomos** son aquellos que utilizan su propio domicilio o un lugar escogido para desarrollar su actividad profesional, puede ser una pequeña oficina, un local comercial. En este tipo se encuentran las personas que trabajan siempre fuera de la empresa y sólo acuden a la oficina en algunas ocasiones.
> - **Móviles,** son aquellos teletrabajadores que no tienen un lugar de trabajo establecido y cuyas herramientas primordiales para desarrollar sus actividades profesionales son las Tecnologías de la Información y la comunicación, en dispositivos móviles.
> - **Suplementarios**, son aquellos teletrabajadores que laboran dos o tres días a la semana en su casa y el resto del tiempo lo hacen en una oficina.
>
> **Teletrabajador.** Persona que desempeña actividades laborales a través de tecnologías de la información y la comunicación por fuera de la empresa a la que presta sus servicios.

51 *Documento Técnico del Proyecto de Decreto Reglamentario de la Ley 1221 de 2008, por el cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo en el Sector Público*, 2, file:///C:/Users/Alias%20Angelita/Downloads/00000_00037_Decreto%20reglamentario%20ley%201221%20de%202008.pdf

Años más tarde, en la exposición de motivos de la Ley 1221 de 2008, se da cuenta de las razones que llevaron al Legislador a regular el llamado teletrabajo, como un mecanismo para hacer frente a los altos índices de desempleo, haciendo uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones:

> En respuesta a los altos índices de desempleo que se registran en nuestro país, los autores del proyecto de ley sometido a estudio plantean a través del mismo una nueva modalidad para generar empleo.
>
> Es poner al servicio de nuestra comunidad el gran avance que han tenido la tecnología de la información y las comunicaciones, generando a través de ellas nuevos empleos, incrementando la productividad y la competitividad de las empresas, ofreciendo nuevas formas de empleo a personas con alguna discapacidad y padres o madres cabezas de familia.
>
> Lo que llegará a permitir dar cumplimiento a lo estipulado en la Ley 82 de 1993 artículos 3°, 8° y 10, los cuales establecen que el Estado buscará los mecanismos necesarios para dar protección especial a la mujer cabeza de familia, a través de capacitación gratuita, desarrollo de microempresas industriales, comerciales, artesanales, de economía solidaria y empresas familiares donde la mujer cabeza de familia realice actividades económicas rentables.
>
> En este mismo sentido encontramos la Ley 361 de 1997, que en su artículo 22 prevé que el Gobierno dentro de la política nacional de empleo adoptará las medidas pertinentes dirigidas a la creación y fomento de las fuentes de trabajo para las personas con limitación.
>
> De ahí que, a través de este proyecto de ley sobre teletrabajo, se busque una nueva forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, que podría ser realizado igualmente en los locales de las empresas o fuera de estos de forma regular.
>
> Para el caso que nos ocupa, el empresario es responsable de tomar las medidas que se imponen, especialmente en lo que se refiere a software, para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales.
>
> Por su parte, el teletrabajador cuidará los equipamientos que le han confiado; no recogerá, ni difundirá material ilícito vía Internet.
>
> De igual forma, los teletrabajadores deberán recibir la formación adecuada para utilizar el equipo técnico a su disposición y sobre las características de esta forma de organización de trabajo, además, de la persona que ocupará el cargo de supervisor

de los teletrabajadores y sus colegas directos pueden necesitar dicha formación para llevar a cabo esta forma de trabajo y su gestión.[52]

En virtud de lo anterior, el Congreso de la República expidió, el 16 de julio de 2008, la Ley 1221: "Por la cual se establecen normas para promover y regular el teletrabajo y se dictan otras disposiciones". Así, se buscó promover y reglamentar el teletrabajo como un instrumento de generación de empleo y auto empleo, a través de la utilización de tecnologías de la información y de las telecomunicaciones.

Ahora bien, desde el punto de vista práctico y a la luz de lo previsto en la mencionada Ley 1221 de 2008, para la implementación del teletrabajo se requiere que el reglamento interno de trabajo del empleador prevea dicha posibilidad, así como la existencia de un acuerdo expreso y escrito entre las partes, tal y como se establece en el parágrafo del numeral 4, del artículo 3º, del Decreto 884 de 2012. Este reglamenta la Ley 1221 de 2008, teniendo en cuenta que, de conformidad con el artículo 6º, numeral 6, literal 10 de la Ley 1221 de 2008, "la vinculación a través del teletrabajo es voluntaria, tanto para el empleador como para el trabajador."

Sumado a lo anterior, dentro de este acuerdo, expreso y escrito, se deben incluir tanto las condiciones de servicio como los medios tecnológicos y de ambiente requerido, así como la forma de ejecutar el contrato en condiciones de tiempo y, si es posible, de espacio. Lo anterior, no sin dejar de lado que se deben determinar los días y los horarios en que el teletrabajador debe realizar sus actividades, para efectos de delimitar la responsabilidad, en caso de accidente de trabajo, y evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal permitida. También se deben definir las responsabilidades, por parte del teletrabajador, referidas a la custodia de los elementos de trabajo.

Adicionalmente se debe fijar el procedimiento de la entrega, al momento de finalizar el contrato, de los elementos que han sido suministrados al trabajador, por parte de la compañía, para el desarrollo de su labor, como módems, impresoras o demás equipos.

52 República de Colombia - Cámara de Representantes, Ponencia para primer debate al Proyecto de Ley número 170 de 2006 Senado, 136 de 2007, Gaceta No. 85, 2008.

Por otra parte, deben especificarse las restricciones de uso de equipos y programas informáticos. Así mismo, cuál es la legislación vigente en materia de protección de datos personales, propiedad intelectual, seguridad de la información y, en general, cuáles son las sanciones que por su incumplimiento puede acarrear el teletrabajador. Dentro de este acuerdo también es importante que se incluyan las medidas de seguridad informática que debe conocer y cumplir el mismo.

Todo lo relacionado con el cuidado de equipos y uso de los mismos, al igual que con los programas y el uso de la información, debe estar estipulado dentro del Reglamento Interno de Trabajo, en el cual, además, se debe incluir el manejo de riesgos laborales del teletrabajador. Esto último implica una reforma a los reglamentos de las compañías que utilicen la modalidad de teletrabajo.

En igual sentido, en el Reglamento Interno se deben incluir las especificaciones especiales para que opere el teletrabajo en la compañía, de acuerdo a lo establecido por el artículo 8, del Decreto 884 de 2012. De conformidad con los lineamientos realizados por el Ministerio del Trabajo, las especificaciones que se deben incorporar son:

- Objeto y ámbito de aplicación.
- Órgano de coordinación y evaluación del programa del teletrabajo.
- Condiciones de acceso a esta modalidad (teletrabajo).
- Modalidad que implemente la empresa.
- Procedimiento a seguir frente a problemas técnicos y experimentales.
- Seguridad de la información, protección y confidencialidad de datos.
- Cubrimiento de gastos por parte del empleador.
- Formación y capacitación.
- Deberes de las partes, derechos y obligaciones.
- Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Teletrabajo.
- Reclamos, personas ante quienes se presentan y trámite.
- Puestos de trabajo susceptibles a ser acogidos como teletrabajo.
- Solicitudes de ingreso al programa.
- Criterios de selección, equipo de selección, proceso, requisitos técnicos y estructurales.
- Auxilio de transporte, horas extras, dominicales y festivos, días de descanso legalmente obligatorios.

- Lo pertinente al uso adecuado de equipos y programas informáticos, restricciones, legislación vigente en materia de protección de datos personales, propiedad intelectual, seguridad de la información y sanciones por su incumplimiento.

Ahora bien, frente al manejo de los riesgos laborales en el desarrollo del teletrabajo, es pertinente tener en cuenta que el teletrabajador goza y mantiene afiliaciones y aportes a seguridad social, incluidos los de ARL, así como lo dictamina la Ley 1221 de 2008, artículo 6, literales c) y e) del numeral 6. De igual forma, el pago de aportes a Cajas de Compensación Familiar debe realizarse a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), en concordancia con el Decreto 884 de 2012. Siguiendo los lineamientos del Ministerio del Trabajo, es importante que el empleador se asesore con la Administradora de Riesgos Laborales sobre la prevención de riesgos, antes de implementar dicha figura.

Sumado a ello, la compañía debe encargarse de que el teletrabajador presente, antes del inicio de la labor contratada, un reporte de sus condiciones de trabajo, para la identificación de las mismas y la implementación de los correctivos a los que haya lugar.

En lo que respecta a los accidentes que puede tener el teletrabajador en su casa durante el tiempo dedicado a la jornada u horario acordado con el empleador, deben ser reportados como accidentes de trabajo a la ARL en la que se tenga la afiliación. Además, el empleador debe contemplar el puesto de trabajo del teletrabajador dentro de los planes y programas de salud ocupacional y debe contar con una red de urgencias en caso de accidente o enfermedad del teletrabajador cuando este se encuentre laborando.

Frente a las afiliaciones en riesgos laborales, el artículo 9º del Decreto 884 de 2012 exige diligenciar un formulario especial que debe contener la siguiente información: "las actividades que ejecutará el teletrabajador, el lugar en el cual se desarrollarán, la clase de riesgo que corresponde a las labores ejecutadas y la clase de riesgo correspondiente a la empresa o centro de trabajo, así como el horario en el cual se ejecutarán".

La información especificada en el Decreto es necesaria para la determinación del riesgo y para la definición del origen de las contingencias que se puedan llegar a presentar. A esto, la empresa debe anexar, al momento de realizar la afiliación

de un teletrabajador en ARL, una copia del acuerdo por el cual se implementa dicha modalidad especial de trabajo.

Si se trata de un trabajador respecto al que se va a implementar la figura del teletrabajo, la empresa debe diligenciar el formulario de reporte de novedades en el que se registra la novedad de teletrabajador, para así implementar, con la asesoría de la ARL, las medidas de prevención y los correctivos necesarios en el lugar de trabajo.

Igualmente, según lo considerado por el Ministerio del Trabajo, también es obligación del empleador, con asesoría de la ARL, verificar las condiciones de seguridad y salud del centro destinado para el trabajo.

La ARL debe entregar una guía tanto al empleador como al teletrabajador para la prevención de riesgos en la ejecución del teletrabajo, así como para recomendar actuaciones en caso de que estos riesgos se presenten. De igual manera, debe prestar asesoría en la implementación de medidas de prevención de riesgos laborales y de los correctivos necesarios que se deben adoptar en el lugar de desarrollo del teletrabajo.

Es importante destacar que el empleador también debe suministrar los elementos de protección que requiera el trabajador en la labor a desarrollar y que debe garantizar una formación e información suficiente sobre los riesgos, y la prevención de estos, respecto a la utilización de equipos informáticos.

El teletrabajador está en la obligación de seguir las instrucciones del Sistema de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo y, además, debe asistir periódicamente a los programas de promoción y prevención que adelanten la ARL o el empleador.

Frente al suministro de elementos informáticos como herramientas de trabajo, debe especificarse que si se va a dotar al teletrabajador de elementos tecnológicos para el cumplimiento de sus funciones, estos no pueden ser utilizados por una persona distinta. De hecho, de conformidad con lo establecido en el numeral 7 del artículo 6º de la Ley 1221 de 2008, los empleadores deben proveer y garantizar el mantenimiento de los equipos que requieran los teletrabajadores para el cumplimiento de sus funciones de la siguiente manera:

> **Los empleadores deberán proveer y garantizar el mantenimiento de los equipos de los teletrabajadores, conexiones, programas, valor de la energía, desplazamientos ordenados por él, necesarios para desempeñar sus funciones.**

> Los elementos y medios suministrados no podrán ser usados por persona distinta al teletrabajador, quien al final del contrato deberá restituir los objetos entregados para la ejecución del mismo, en buen estado, salvo el deterioro natural. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Por lo anterior, es importante que dentro del acuerdo expreso que se realice para implementar esta figura se incluyan los elementos que son entregados por el empleador al teletrabajador para el cumplimiento de sus funciones. Esto, pues no solo existe la obligación del empleador de suministrar los equipos necesarios, sino que también existe la obligación de los teletrabajadores de devolver, a la terminación del vínculo laboral, dichos elementos en buen estado.

Asimismo, tal y como lo establece el artículo 6º numeral 7 de la Ley 1221 de 2008, es obligación del empleador garantizar el mantenimiento de los equipos, las conexiones, los programas, el valor de la energía y de los desplazamientos requeridos, así como todos los elementos que sean necesarios para el cumplimiento de las funciones por parte del teletrabajador. Por lo tanto, esto debe quedar especificado en el contrato.

De acuerdo con los lineamientos del Ministerio del Trabajo, debe quedar pactado dentro del acuerdo de implementación si el teletrabajador es quien suministra el equipo informático. Por otra parte, el empleador debe suplir el costo de esta herramienta o pagar una prima extra para la compensación del uso de la misma para fines laborales. No obstante, es importante precisar que en estos casos existen desventajas para la seguridad de la información corporativa.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el artículo 6º numeral 10 de la Ley 1221 de 2008, tenemos que "los trabajadores que actualmente realicen su trabajo en las instalaciones del empleador, y pasen a ser teletrabajadores, conservan el derecho de solicitar en cualquier momento, volver a la actividad laboral convencional", lo que se denomina reversibilidad. No obstante, de acuerdo con el Ministerio del Trabajo, la reversibilidad es una facultad del empleador y un derecho del teletrabajador y se debe establecer un tiempo mínimo de retorno del empleado. Esto, teniendo en cuenta que muchas veces la inversión que realiza la compañía en las herramientas para implementar este tipo de vinculación es importante y lo ideal es que dicha inversión no se pierda.

De acuerdo al Decreto 884 de 2012, el cual reglamenta la Ley 1221 de 2008, frente a las características del teletrabajo cabe destacar que el empleador debe

garantizar la igualdad de derechos en cuanto a remuneración, capacitación, formación, acceso a mejores oportunidades laborales, trato entre los trabajadores de planta y los teletrabajadores y demás derechos laborales.

De igual manera, cuando el teletrabajo es ejecutado de forma en que es verificable el tiempo laborado y el teletrabajador, por petición del empleador, debe mantenerse más allá de lo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social (8 horas diarias máximas y 48 a la semana) o se le asigna más trabajo del normal, debe dársele el mismo tratamiento que a cualquier otro empleado en el pago de horas extras, dominicales y festivos. Así lo señala el artículo 6 de la Ley 1221 de 2008:

> Parágrafo. Cuando el teletrabajo sea ejecutado donde sea verificable la jornada laboral, y el teletrabajador a petición del empleador se mantiene en la jornada laboral más de lo previsto en el artículo 161 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, o le asigna más trabajo del normal, el pago de horas extras, dominicales y festivos se le dará el mismo tratamiento de cualquier otro empleado.

Frente a dicha regulación se debe informar que la Ley 1221 de 2008, artículo 6º numeral 1, señala expresamente que a los teletrabajadores no les es aplicable el recargo nocturno. De forma similar, cuando las actividades laborales no requieren que el teletrabajador se movilice, este no tiene derecho al auxilio de transporte.

Es importante tener en cuenta que el artículo 7º de la Ley 1221 de 2008 señala expresamente que todo empleador que contrate teletrabajadores debe informar de dicha vinculación a los Inspectores de Trabajo del respectivo municipio o, en su defecto, al Alcalde Municipal.

En la línea de lo anterior, hoy viene en crecimiento el número de empleadores que están implementando la figura del teletrabajo, lo que a la postre permite concluir y ratificar que el advenimiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación está permeando todas las esferas y áreas del conocimiento jurídico y, por supuesto, el Derecho Laboral no es la excepción.

Si bien dicha figura constituye en buena medida un recurso que se sale de los esquemas clásicos de la relación de trabajo, su implementación supone una carga administrativa alta para los empleadores, en la medida en que estos deben crear controles efectivos que permitan satisfacer la idea de "llevar el trabajo al trabajador".

Por su parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha resaltado que, mediante la Ley 1221 de 2008, Colombia establece una legislación que garantiza los derechos laborales de los teletrabajadores, a través del importante reconocimiento de que se está en presencia de una verdadera relación laboral y de que, por tanto, se aplica en sus relaciones la legislación laboral colombiana. Lo dicho, acorde con la tendencia internacional de regular esta nueva forma de subordinación, para evitar posibles abusos y el desconocimiento de los derechos laborales en aras de la eficiencia empresarial.

La Corte hace especial énfasis en la necesidad de establecer medidas específicas que pretendan evitar el abuso del que puede ser objeto el teletrabajador en razón de la naturaleza especial de su labor. Señala que el uso de las tecnologías de la comunicación y las telecomunicaciones, en el marco de un contrato laboral, trae consigo una diversificación de las formas de subordinación, a través de sistemas operativos, que incluso pueden ser más estrictas que las formas de subordinación tradicional.

En Sentencia C-337 de 2011, la Corte Constitucional resolvió una acción pública de inconstitucionalidad del literal c), numeral 6, del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008, en la que el actor alegaba una omisión legislativa relativa, puesto que al regular la protección en materia de seguridad social para los llamados teletrabajadores no se incluyó el sistema de subsidio familiar, vulnerándose el derecho fundamental a la igualdad entre los trabajadores ordinarios y los teletrabajadores. Esto, además de lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución en cuanto a los principios de progresividad y no regresividad del Sistema de Seguridad Social. En este caso la Corte consideró que efectivamente se configuró una omisión legislativa relativa, argumentando que

> (i) existe un regulación incompleta parcial de una garantía laboral, (ii) en un texto normativo preciso, existente y determinado del cual se deriva la omisión, (iii) el literal c) del numeral 6, del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008 excluye a los teletrabajadores del subsidio familiar, a pesar de encontrarse en la misma situación que los empleados convencionales, y olvidando que esta prestación hace parte de la seguridad social, (iv) no existe razón suficiente que justifique la omisión relativa en la que incurrió el legislador, (v) con el silencio del legislador se vulnera el derecho a la igualdad y (vi) pese a que existe un deber impuesto del Constituyente referido a las garantías que deben ser reconocidas a los trabajadores.

Según lo expuesto, la Corte determinó que la declaración de inexequibilidad de las expresiones acusadas dejaría sin protección alguna, en materia de seguridad social, a los llamados teletrabajadores. Por esta razón declaró la exequibilidad condicionada del literal c), numeral 6, del artículo 6 de la Ley 1221 de 2008: "La protección en materia de seguridad social (Sistema General de Pensiones, Sistema General de Seguridad Social en Salud y Riesgos Profesionales), de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993 y las normas que la modifiquen o adicionen o en las disposiciones que regulen los regímenes especiales". Lo dicho, bajo el entendido de que se incluye el sistema de subsidio familiar en los términos y condiciones de la normatividad que lo regula.

A su vez, en Sentencia C-351 de 2013, la Corte se pronunció en relación con una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley 1221 de 2008, nuevamente por una omisión legislativa relativa a la construcción de la llamada Política Pública de Fomento al Teletrabajo. En esta no se estableció la participación de las organizaciones sindicales, lo que, según el actor, desconocía los artículos 1, 20, 40 y 93 de la Constitución Política, los cuales consagran el principio de la participación de toma de decisiones por parte de quienes son afectados por una política pública. Adicionalmente, considera que la falta de inclusión de las organizaciones sindicales en la creación de dicha política pública transgrede, no solamente el pilar fundamental de la democracia participativa establecida en la Constitución, sino también los tratados internacionales, especialmente lo consagrado en los Convenios 87 (artículo 10), 144 (artículo 1 y 2.1) y 154 de la OIT (artículo 2). Todos los convenios anteriores fueron ratificados por Colombia y señalan el estatus representativo de las organizaciones sindicales, así como la obligación de promoción y aplicación del diálogo social, resaltando la obligación que tienen los Estados de garantizar la participación de los trabajadores en asuntos laborales.

En este caso, la Corte Constitucional identificó los mencionados supuestos necesarios para que se configure una omisión legislativa, por lo que declaró la exequibilidad condicionada del artículo 3 de la Ley 1221 de 2008*,* bajo el entendido de que las organizaciones sindicales hacen parte de aquellas entidades que acompañarán al Ministerio del Trabajo en su misión de diseñar la Política Pública de Fomento al Teletrabajo.

Aunque el teletrabajo tiene unas características especiales que lo diferencian de otras actividades remuneradas o de la prestación de servicios a terceros, en Colombia no cabe duda de que se trata de una forma de organización y vinculación laboral que cuenta con los elementos esenciales del contrato de trabajo, señalados en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales se especificarán a continuación.

-*"La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo"*. Todo contrato de trabajo supone la obligación del trabajador de realizar una actividad laboral para el empleador, la cual, sin importar si es manual o intelectual, debe ser prestada por el trabajador mismo, pues este tipo de contrato no solo es un acto jurídico bilateral, consensual y oneroso, sino que además es un contrato *intuito personae*, pues se celebra en especial consideración de la persona con quien se obliga.

El teletrabajador, como cualquier trabajador ordinario, realiza una actividad utilizando sus propios conocimientos y habilidades, en razón de las cuales fue contratado por el empleador. En este sentido, el empleador que pretenda hacer uso de esta modalidad de organización laboral debe partir de un perfil básico, el cual le ayude a determinar si una persona es competente para llevar a cabo la actividad a desarrollar desde un lugar diferente a las instalaciones de la empresa y con el uso de las tecnologías de la información.

Para ello se deben considerar una serie de características personales y de competencias que permiten que el empleado se adapte y alcance los objetivos propuestos, teniendo en cuenta el interés y la voluntad de la persona en practicar esta modalidad laboral.

De conformidad con lo anterior, si un empleador necesita disponer de los conocimientos y habilidades de personas con inconvenientes para el desplazamiento hacia la sede de la organización, con necesidades especiales derivadas de una discapacidad, que son cabezas de familia, mujeres en estado de lactancia y otras similares, el teletrabajo es una excelente opción para vincularlas laboralmente.

-*"La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo aquello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos*

del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre Derechos Humanos relativos a la materia obliguen al país". La subordinación es la manifestación de la relación jurídica que se crea entre el trabajador y el empleador en virtud del contrato de trabajo, que implica para el empleador la facultad de mando y para el trabajador el obedecimiento de órdenes.

Por sus características propias, el teletrabajo permite que la persona encargada de realizar la actividad laboral lo haga sin la presencia física de un supervisor. Sin embargo, aunque podría esgrimirse una dependencia informática, no se puede hablar de una dependencia a nivel funcional, puesto que no se puede inferir que por falta de la presencia física de un supervisor el trabajador sea menos subordinado. Así que existen nuevas formas de subordinación, a través del uso de las tecnologías de la información, por ejemplo, se puede vigilar al teletrabajador a través de un software que grabe sus tiempos de trabajo, ausencias, descansos y errores, siendo el computador su instrumento de trabajo y a la vez su medio de control. También, la dirección y orientación, así como la comunicación en general, se pueden hacer a través de las conexiones electrónicas entre el teletrabajador y la organización.

Una de las circunstancias más comunes de manifestación de subordinación es la obligación de cumplir un horario. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1221 de 2008, a los teletrabajadores,

> dada la naturaleza especial de sus labores no les serán aplicables las disposiciones sobre jornada de trabajo, horas extraordinarias y trabajo nocturno. No obstante lo anterior, el Ministerio de la Protección Social deberá adelantar una vigilancia especial para garantizar que los teletrabajadores no sean sometidos a excesivas cargas de trabajo.

Dicha disposición debe interpretarse a la luz de los límites reconocidos para la organización laboral ordinaria, como son el respeto por la dignidad del trabajador y por sus derechos fundamentales, así como por todos los contemplados en la Constitución, los convenios y tratados internacionales sobre Derechos Humanos, la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, los cuales "no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores".[53]

53 Corte Constitucional, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell, Sentencia C-386 (Colombia, 2000).

En este sentido, en el teletrabajo no se pueden emplear más horas de las contempladas en el máximo legal permitido, por lo que se deben determinar los días y los horarios en que el teletrabajador realizará sus actividades. Todo esto, para efectos de delimitar la responsabilidad en caso de accidente de trabajo y de evitar el desconocimiento de la jornada máxima legal, haciendo que los tiempos y las tareas sean susceptibles de medición. De igual manera se deben incluir pausas activas en el ciclo de trabajo, así como ejercicios de estiramiento y relajación, al menos cada dos horas.

- *Un salario como retribución del servicio.* Tal como sucede en cualquier contrato de trabajo, el empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

Específicamente la Ley 1221 de 2008 estipuló que el salario del teletrabajador no puede ser inferior al que se paga por la misma labor, en la misma localidad y por igual rendimiento al trabajador que presta sus servicios en el local del empleador. Para fijar el importe del salario, en los casos en los que el empleador utilice solamente la figura del teletrabajo, debe tomarse en consideración la naturaleza del trabajo y la remuneración que se paga para labores similares en la localidad.

Respecto al auxilio de transporte, el Decreto 884 de 2012 estableció que cuando las actividades laborales no demandan gastos de movilidad al teletrabajador, no hay lugar a este pago.

De acuerdo al Ministerio TIC, al final del año 2014 Colombia contaba con 39.767 teletrabajadores aproximadamente. Según esta estimación, dicha modalidad de trabajo creció un 26% desde la firma del Decreto de Reglamentación del Teletrabajo en el país, la cual se llevó a cabo en el año 2012.

Según un estudio realizado con 4.572 empresas de todo el país, existe un promedio de 8.6 teletrabajadores por cada organización. El teletrabajo parcial o suplementario es el preferido en la mayoría de empresas. Bajo este esquema, la persona hace su trabajo fuera de la empresa 2 o 3 días por semana, mientras que los días restantes asiste a su oficina, generando así un balance entre el tiempo de trabajo presencial y virtual.

El informe de la Corporación Colombia Digital resalta que el 73% de las compañías encuestadas consideran que el teletrabajo es beneficioso. Respecto a

las ventajas específicas de esta modalidad, los empresarios destacan el aumento en la productividad, el ahorro en costos operativos y fijos, el ahorro de tiempo de los trabajadores, los aportes al mejoramiento de la movilidad y el mejoramiento del medio ambiente en las principales ciudades del país.

En cuanto a la implementación del teletrabajo, el 32% de las organizaciones participantes del estudio se encuentran en el proceso de toma de decisiones sobre la adopción de la modalidad, el 30% está planeando la adaptación del modelo a sus necesidades y el 21% se encuentra en la fase piloto del programa. En esta última los colaboradores realizan por primera vez su trabajo fuera de la oficina, proceso en el que se identifican fortalezas y se resuelven las debilidades del modelo.

El 30% de las organizaciones que han implementado el teletrabajo, han contratado nuevos trabajadores bajo esta modalidad. El informe muestra que entre las áreas de mayor demanda de nuevos colaboradores se encuentran las de tecnología, producción, comercio y ventas. Entre los cargos específicos más requeridos están los de asesor comercial (52%), call center (35%) y soporte de TICs (3%).[54]

La jurisprudencia constitucional ha considerado que la especial protección de la vinculación laboral en la Constitución se deriva del Estado Social de Derecho, en el que se establecen responsabilidades activas de promoción, intervención y control en las relaciones laborales, en tanto se da por entendido que dichos vínculos generan relaciones verticales que rompen el principio de igualdad y la eficacia material de la autonomía negocial:

> En efecto, la protección constitucional del trabajo, que involucra el ejercicio de la actividad productiva tanto del empresario como la del trabajador o del servidor público, no está circunscrita exclusivamente al derecho a acceder a un empleo sino que, por el contrario, es más amplia e incluye, entre otras, la facultad subjetiva para trabajar en condiciones dignas, para ejercer una labor conforme a los principios mínimos que rigen las relaciones laborales y a obtener la contraprestación acorde con la cantidad y calidad de la labor desempeñada. [55]

Por ello, a pesar de que la jurisprudencia ha admitido que el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades

54 Felipe Cristancho Dueñas. "Las cifras del teletrabajo en Colombia". Ascendo.blog (blog), 16 de julio del 2015, http://www.acsendo.com/es/blog/las-cifras-del-teletrabajo-en-colombia/.

55 Corte Constitucional. Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia C-593 (Colombia, 2014).

sociales, no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo, para ocultar la realidad de los vínculos laborales o para desconocer las garantías laborales consagradas en la Carta Política.

En Sentencia C-614 de 2009, la Corte admitió que el legislador no está obligado a regular formas precisas o únicas de acceso al empleo, puesto que, desde el punto de vista de las fuentes de trabajo, el legislador tiene un amplio margen de libertad de configuración normativa. Sin embargo, esa libertad de configuración se encuentra limitada por las garantías mínimas de especial protección a la relación laboral, las cuales están consagradas en la Constitución Política:

> Con base en lo expuesto, la Sala infiere dos conclusiones: La primera, no toda relación de trabajo debe ser tratada por la ley en forma igual porque la Constitución estableció una protección cualificada en favor de la vinculación laboral. La segunda, aunque la fijación de las políticas de empleo, en principio, le corresponde a los órganos políticos señalados en la Constitución y, de acuerdo con el artículo 53 de la Carta, el legislador debe expedir un nuevo Estatuto del Trabajo para garantizar la igualdad de oportunidades entre los trabajadores, la estabilidad en el trabajo y la primacía de la realidad sobre las formalidades, entre otros, eso no significa que el legislador tenga facultades para imponer un modelo preciso de vinculación al trabajo, en tanto que la protección a la relación laboral se impone. Dicho en otros términos, el legislador goza de libertad para configurar diferentes tipos de vinculación laboral, para diseñar fórmulas laborales e instrumentos contractuales que respondan a las necesidades sociales, pero no tiene autonomía para confundir las relaciones de trabajo o para ocultar la realidad de los vínculos laborales.[56]

En estos términos, el teletrabajo constituye una forma de incentivar la oferta de puestos de trabajo en condiciones que flexibilizan el clásico contrato laboral y crea nuevas modalidades de contratación y de asociación para fines productivos, siendo necesario imponer límites encaminados a evitar los abusos de poder y garantizar la efectividad de la dignidad y la justicia en el desarrollo del mismo.

Por otro lado, el impacto social del teletrabajo también puede ser muy positivo para determinados grupos poblacionales, los cuales han estado generalmente excluidos del ámbito laboral, como es el caso de las madres cabeza de familia y de las personas con discapacidad. En estos casos les facilita la realización de un trabajo en el propio domicilio, ahorrándoles los costos de desplazamiento y

56 Corte Constitucional. Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Sentencia C-614 de 2009.

permitiéndoles pasar más tiempo con su familia. De igual manera, el teletrabajo incluso puede mejorar la inserción laboral de algunas minorías, como son las personas transgénero y transexuales.

Las madres cabeza de familia y las mujeres pobres en particular, se enfrentan a un conjunto de dificultades que operan como brechas para una adecuada inserción en el mercado laboral. Su responsabilidad en el trabajo doméstico y en el cuidado de los miembros dependientes de la familia restringe sus posibilidades de inserción en un empleo formal o de impulso de una actividad independiente, que genere ingresos suficientes para la resolución de sus necesidades básicas.

Las personas con discapacidad, por más cualificadas que estén, no pueden acceder a cualquier trabajo y tienen menos posibilidades de ser contratadas por las empresas, sobre todo quienes tienen problemas de movilidad, lo cual les impide entregar todo su potencial y talento humano en las organizaciones.

El teletrabajo constituye entonces una alternativa que abre las puertas a estos trabajadores ávidos por demostrar sus capacidades y competencias. Sin embargo, el desconocimiento de esta modalidad de trabajo, la cultura organizacional y el arraigado estilo de control y supervisión no contribuyen a su adopción. La mentalidad empresarial todavía cree que contratar a una persona con discapacidad es contratar problemas y costos extras, cuando en realidad se trata de una opción para disminuir costos, aumentar la productividad individual y mejorar los resultados empresariales.

Ante esta situación, es necesaria una acción concreta de las empresas y del gobierno para mitigar las precarias condiciones de trabajo y de oportunidades con las que deben lidiar las personas con discapacidad. Dicha acción debe estar encaminada a crear políticas sociales sobre inclusión laboral y responsabilidad social empresarial que relacionen el teletrabajo y potencien el talento humano sin discriminaciones.

Las características propias del teletrabajo hacen que esta modalidad sea susceptible de agudizar ciertas brechas laborales cuando los sujetos presentan menores niveles de escolaridad o un menor capital cultural. Esta situación obliga a la generación y desarrollo de políticas o programas destinados a mejorar la situación global de inserción en el mercado de trabajo, a través de una capacitación adecuada en el manejo de las tecnologías de la información y la comunicación, pertinentes para desarrollar una oferta continua y adecuada, posibilitando

la inserción laboral mediante acciones de responsabilidad social empresarial, que eviten la exclusión social.

Conclusiones

Luego de haber realizado este estudio, se puede resaltar la importancia que cobran en la actualidad el teletrabajo y su aplicación en el marco del desenvolvimiento de las relaciones laborales. Esta figura implica, fundamentalmente, una considerable disminución de costos y un representativo aumento en términos de productividad y consecuente rentabilidad para los empresarios.

Si bien es posible que aún falte desarrollar algunos aspectos de esta figura en cuanto a su reglamentación, viene en crecimiento el número de empresas que manejan parte de su planta de personal mediante la modalidad del teletrabajo. No obstante, cada día cobra más importancia en torno a esta figura, así como en todas las demás instituciones actuales del Derecho Laboral, la necesidad del cumplimiento de la obligación de la expedición del Estatuto del Trabajo, el cual propenda por brindar un mayor margen de seguridad a las partes inmersas dentro de la relación laboral, siendo el Estado el principal garante de la efectividad de los derechos y obligaciones de empleadores y trabajadores.

De esta manera, empleadores, trabajadores, abogados, estudiantes y la comunidad académica en general, tendrán en este capítulo una herramienta o una guía de cómo implementar la modalidad del teletrabajo de una manera adecuada, atendiendo a las reglamentaciones y directrices de las autoridades del trabajo y del Gobierno Nacional.

Bibliografía

Alonso Fabregat, María Bernardina y Eva Cifre Gallego. "Teletrabajo y Salud: un nuevo reto para la psicología". *Papeles del Psicólogo*, No. 83 (2002): 55-61.

Arias Ordóñez, José. "Telecentros y teletrabajo: nuevas formas de organización en internet para alcanzar metas sociales". *Revista Interamericana de Nuevas Tecnologías de la Información* 6, No.1 (2001): 2-9.

Asociación Española de Teletrabajo -AET-. Campos aptos para el teletrabajo y el perfil del Teletrabajador, 2011, http://www.redalyc.org/pdf/1942/194218961001.pdf.

Canadian Telework Association. Advantages and desadvantages of telework for teleworkers, 1997, www.ivc.ca.

Castillo Builes, Eduardo Alfredo. "El teletrabajo, ¿cómo controlar a quien no se ve?" En: *Telework Argentina. Teletrabajo para el desarrollo sustentable*. Buenos Aires, Argentina: El Cid Editor, 2011.

CES, UNICE/UEAPME y CEEP. *Acuerdo Marco Europeo (AME) Sobre el Teletrabajo*. Bruselas: 2002.

Cifre Gallego, Eva, María Luisa Salanova Soria y Alma María Rodríguez Sánchez. "Traditional job vs teleworking: psychosocial consequences on mental health". Conferencia. 7 full conference of the european academy of Ocupational Health Psychology, Dublín, Irlanda. 2006.

Civit, Cristina y Monserrat March Merlos. *Implantación del teletrabajo en la empresa*. Barcelona, España: Gestión, 2000.

Constitución Política de Colombia. El Pueblo de Colombia. 1991.

Cristancho Dueñas, Felipe. "Las cifras del teletrabajo en Colombia". Ascendo.blog (blog), 16 de julio del 2015, http://www.acsendo.com/es/blog/las-cifras-del-teletrabajo-en-colombia/.

Documento Técnico del Proyecto de Decreto Reglamentario de la Ley 1221 de 2008, por el cual se establecen normas para promover y regular el Teletrabajo en el Sector Público, 2, file:///C:/Users/Alias%20Angelita/Downloads/00000_00037_Decreto%20reglamentario%20ley%201221%20de%202008.pdf

Espinosa, Leonardo. *La adaptación del ordenamiento jurídico colombiano a la contratación por medios electrónicos: un análisis desde la perspectiva del derecho comparado.* Bogotá, Colombia: Fondo de Publicaciones de la Universidad Sergio Arboleda, 2008.

García De La Rubia, S. *El estrés del pediatra ¿padeces Burnout?* Murcia, España: Centro de salud La Alberca, 2010.

Gallusser, Pamela "Creciente avance del teletrabajo como modalidad laboral. El caso de la teletraducción en Rosario", La trama de la comunicación 10 (2005): 1-15. http://www.redalyc.org/pdf/3239/323927060015.pdf

Gareca, Mariana, Rocío Verdugo, José Luis Briones y Aldo Vera. "Salud Ocupacional y Teletrabajo". *Revista Ciencia y Trabajo*, No. 25(2007): 85-88.

Garzón, Tary. "Críticas y perspectivas de la Ley 1010 de 2006. Una aproximación desde la definición jurídica y psicológica del acoso laboral". Tesis de pregrado. Universidad del Rosario. 2013.

Grebot, Elisabeth. *Stress et burn out ou travail*. París, Francia: Grupe Eyrolles, 2008.

Hernández, Juan. "Teletrabajo. Nuevos servicios basados en trabajo cooperativo. (2008).

Hirigoyen, Marie-France. *El acoso moral, el maltrato psicológico en la vida cotidiana*. Barcelona, Madrid: Paidós, 1999.

Johnston y Nolan "ework 2002: Status report on new ways to work in information society". Comisión Europea. 2002.

Kahale Carrillo, Djamil Tony. "Teletrabajo: Regulación jurídico-laboral". *Revista Gaceta Laboral* 9, No.3 (2003): 409.

Kudyba, Stephan. "Trabajo con tecnologías de la información y productividad empresarial". *Revista internacional del trabajo (Ginebra)* 123, No.3 (2004): 269-282.

Leymann, Heinz. "Mobbing y Terror Psicológico en los lugares de Trabajo". *Violence and Victims* 5, No. 2 (1990): 6 -20. http://www.terapiabreveyeficaz.com.ar/Documentos/7mobbing.pdf

Manosalva Colmenares, Yanira Yolesmy. "El Teletrabajo: Una Oportunidad para la Generación de Competitividad en las Empresas Colombianas". Trabajo de grado, Universidad Militar, 2016. https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/14584/ManosalvaColmenaresYaniraYolesmy2016.pdf;jsessionid=23B5702E001D0C2CCD35C2ED3DF9B708?sequence=3

Montoya, Rosalba. "Teletrabajo = tecnotrabajo". *Revista colombiana de telecomunicaciones* 17, No.58 (2010-2011): 71-75.

Morgan, Gloria. *Teletrabajo y su impacto en la salud*. Bogotá, Colombia: Positiva Campania de Seguros, 2013.

Nilles, Jack. *Telework and telecommunting: the first half-century*. Estados Unidos: Jala International, 2012.

Nilles, Jack. *The Telecommunications-Transportation Tradeoff. Options for Tomorrow.* New York, Estados Unidos: John Wiley & Sons, 1976.

Organización Internacional del Trabajo –OIT-. "Convenio del Teletrabajo". *Revista de la Organización Internacional del Trabajo*, No. 44 (2002).

Organización Mundial de la Salud. "Informe mundial sobre la violencia y la salud". 2002. http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/abst ract_es.pdf.

Ortiz, Francisco. *El teletrabajo: una nueva sociedad laboral en la era de la tecnología.* Madrid, España: McGraw-Hill, 1996.

Padilla, Antonio. *Teletrabajo, dirección y organización*. Medellín, Colombia: Universidad Nacional, Facultad de Arquitectura, Postgrado en Planeación Urbano-Regional, 1999.

Pérez, Carmen y Ana María Gálvez. "Teletrabajo y vida cotidiana: ventajas y dificultades para la conciliación de la vida laboral, personal y familiar". *Athenea Digital de la Universitat Oberta de Catalunya*, No. 15 (2009): 57-79. http://www.raco.cat/index.php/Athenea/article/viewFile/130689/180431.

Pérez, Jesús, Tomás Sancho Figueroa y Clotilde Nogareda. "Teletrabajo, criterios para su implantación". 1996. http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FichasTecnicas/NT P/Ficheros/401a500/ntp_412.pdf

Pérez, Manuela, Ángel Martínez Sanchez, Ma Pilar de Luis Carnicer y Ma José Vela Jiménez. "Knowledge tasks and teleworking: a taxonomy model of feasibility adoption". *Journal of knowledge management* 6, No. 3 (2002): 272-284.

Pino, Manuel. *El teletrabajo en el Derecho Brasileño*, 2000, http://www.alfa-redi.org.

Semana. "Desde la casa: comenzó la era del teletrabajo en Colombia". *Revista Semana*, No. 1566: 76-77.

Valderrama, N. *Teletrabajo y hogar electrónico: la vivienda como potencial espacio de trabajo en el nuevo orden global*. Medellín, Colombia: Universidad Nacional de Colombia, 1999.

Villalobos, Gloria, Ángela Ortiz, Beatriz Morales, Martha Sánchez, María Morales y Diana Delgado. "Estudio sobre los factores psicosociales y morbilidad mental". *Protección y seguridad* 48, No. 284 (2002): 50-54.

Xiao, M. Teletrabajo: atractivo pero arriesgado. *China hoy (Pekin)* 44, No. 10 (2003): 58-

RÉGIMEN ECONÓMICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

4

Sehir Gómez Escobar

Introducción

Este capítulo tiene por objeto presentar a empleadores y trabajadores el aspecto económico que deviene de la contratación laboral, con el fin de que los primeros realicen de forma preventiva las proyecciones presupuestales y los segundos conozcan a plenitud sus derechos en el campo salarial y prestacional.

Se empezará analizando todo lo relacionado con el salario: con los pagos que constituyen y los que no constituyen salario; con el salario fijo, el salario en especie, el salario variable, el salario mínimo legal mensual vigente, el salario mínimo convencional, el salario integral; con la forma de pactarlo; con quién realiza el pago válidamente; con a quién, cuándo, cómo, dónde y dónde no se hace el pago; con el momento en que el empleador está obligado a pagar el salario sin la prestación del servicio; con la manera en la que se hace el pago del trabajador que desaparece o es secuestrado; y con la forma en la que se procede cuando en el momento de la terminación del contrato se le quedan adeudando salarios al trabajador.

Luego, el capítulo entrará en el estudio de cada una de las prestaciones sociales, a cargo de quién están unas y otras, sus fórmulas y su liquidación, todo ello ilustrado con sencillos y prácticos ejemplos.

Por último, se presentará el criterio del autor en relación a los trabajadores por días y a sus correspondientes derechos.

Régimen económico del Derecho Laboral

La legislación laboral colombiana es poco cambiante y peca por vetusta y obsoleta, pues los Decretos 2663 y 3743, adoptados por la Ley 141 de 1961 como Legislación Permanente o Código Sustantivo del Trabajo, datan de 1950, permaneciendo y conservándose completamente. Esto, porque quienes tienen a su cargo la modernización de las leyes en Colombia son precisamente los dueños del poder y del capital y no les interesa liderar revoluciones de carácter laboral que afecten sus intereses dinerarios. Prueba de lo anterior es el artículo 53 de la Constitución Nacional, que ordena que "El Congreso expedirá el estatuto del trabajo"[57], pero como la norma no establece el término para hacerlo, los colombianos llevan 25 años esperando el citado Estatuto Laboral. No obstante, se han expedido algunas normas por vía de excepción, que procuran aliviar los derechos laborales en el aspecto económico, tal como ocurre con el contenido de la Ley 1468 de 2011, la cual aumenta el número de semanas de la licencia de maternidad (de 12 a 14 semanas), así como la Ley 1822 de 2017, la cual establece la licencia de maternidad en 18 semanas.

La presencia de nuevos fenómenos, como el avance de la tecnología y la proyección social y comercial, que irrumpen directa o indirectamente en el campo del trabajo y de la producción, nos sumergen en el pensamiento avanzado tendiente a darle a las relaciones entre empleador y trabajador una dimensión diferente y más acorde con el objeto que entrañan la producción, el rendimiento y la inversión capitalista.

El empleador ya no puede continuar pensando en el trabajador como la parte pasiva del contrato de trabajo o, como lo pregonan ciertas jurisprudencias, como la parte más débil en la relación obrero-patronal. Los trabajadores actuales no son los peones de ayer, ni los iletrados de otros siglos. Los servidores hoy en día están impregnados de una mentalidad más abierta, algunos tienen conocimientos básicos y otros tienen preparación profesional y especializada. Además, los medios de comunicación han contribuido enormemente con la difusión de todos los

57 Constitución Nacional de Colombia, artículo 53, 1991.

asuntos atinentes a la contratación laboral y a los derechos y obligaciones de las partes incursas en esta relación.

Actualmente un profesional joven no aspira a perpetuarse en una misma posición o a esperar su pensión de vejez en una misma empresa, sino que generalmente varía de lugar de trabajo, a lo sumo cada 3 años, en busca de una mejor remuneración o de un bienestar más atractivo.

Entonces los empleadores deben asumir una posición más avanzada en el aspecto relacionado a la vinculación de un trabajador, pensando en que este hace parte del engrandecimiento y desarrollo de su empresa y en la prosperidad del país y no en que es una carga más que debe incluirse en los rubros de la contabilidad.

La mayoría de las organizaciones y empleadores conscientes de que el trabajador es parte fundamental de la producción y la competitividad, prevén para su vinculación un estudio financiero ponderado, que incluye no solamente el valor de los salarios previstos para el cargo que va a ocupar el trabajador, sino también el costo de las acreencias laborales, la seguridad social integral y los demás imprevistos que comporta una vinculación laboral. El aspecto económico laboral, perfilado con la debida anticipación, le brinda al empleador una visión fortalecida hacia el futuro y al trabajador la necesaria confianza de estar vinculado a un empleador responsable y solvente, el cual le ofrece la posibilidad de proyectarse con más ímpetu en sus aspiraciones de trabajador y de profesional.

Teniendo en cuenta lo anterior, este capítulo le sirve a empleadores y trabajadores como una guía respecto al pago y a la liquidación correcta de todas aquellas acreencias laborales propias de la contratación laboral. Para ello, primero se analizará todo lo concerniente al salario.

El Salario

El salario es la remuneración que recibe el trabajador por la participación en la producción o por la inmejorable competitividad de un servicio. Este es, junto con la prestación personal del servicio y la subordinación o dependencia, parte de los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo. Según las voces del numeral 2 del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, donde quiera que estos 3 elementos hagan su aparición hay un contrato de trabajo, sin importar la denominación que se le dé ni las otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

¿Cuáles son los pagos que constituyen salario?

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990, especifica que no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, constituye salario, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio y porcentajes sobre ventas y comisiones.

También hacen parte del salario los viáticos de carácter permanente, es decir, aquellas sumas que el empleador le reconoce al trabajador por concepto de alimentación y alojamiento, cuando este debe desplazarse, para prestar sus servicios, del lugar donde ha sido contratado a una ciudad o lugar distinto del de residencia.

Por un lado, los viáticos son de carácter permanente cuando son causados y reconocidos por el empleador por períodos sucesivos, es decir, cada mes, cada dos meses, cada tres meses, etc. Por otro lado, los viáticos esporádicos o accidentales son aquellos causados por el trabajador en relación a un acontecimiento extraordinario, el cual no tiene oportunidad de repetición. Para este estudio, solamente los viáticos permanentes constituyen salario.

El artículo 14 de la Ley 50 de 1999 contiene varios conceptos, los cuales se aclararán a continuación, para un mejor entendimiento del tema salarial.

Salario fijo

Es aquella remuneración que el empleador y el trabajador han pactado como retribución del servicio y que no tiene modificación mientras subsista el contrato de trabajo, excepto cuando el empleador le hace un aumento a la misma. Ejemplo: $900.000 mensuales, $2’400.000 mensuales o $3’600.000 mensuales.

Salario variable

Es aquella remuneración que corresponde a una suma distinta en todos los pagos que se realizan al trabajador, como cuando devenga comisiones o porcentajes sobre ventas. Valga aclarar que una cosa es el salario variable y otra bien distinta

la variación del salario. El salario variable se da cuando el trabajador, por devengar un porcentaje sobre ventas o comisiones, recibe en cada pago una suma distinta, por ejemplo, $975.687, $2'675.423, $5'768.420, etc. La variación del salario se presenta cuando hay una remuneración ordinaria fija que varía, porque el trabajador recibe un aumento en su asignación, por ejemplo, está devengando $1'500.000 mensuales y el empleador le aumenta a $1'800.000 mensuales. También ocurre cuando el trabajador ordinario que devenga el salario mínimo legal mensual vigente recibe una suma distinta a partir del 1 de enero de cada año, por disposición del Consejo Nacional de Salarios o, en su defecto, por disposición del gobierno a través de un decreto. Es muy importante tener claros estos dos conceptos, los cuales son de gran ayuda al momento de tratar la liquidación de algunas prestaciones sociales.

Remuneración extraordinaria

Es aquella que opera cuando el trabajador recibe sumas de dinero diferentes a la remuneración ordinaria fija, como el valor de las horas extra o del tiempo suplementario, el valor de los días compensatorios por haber laborado en domingos o días festivos y el valor de los viáticos permanentes.

Remuneración en especie

El salario en especie está representado en la alimentación, habitación o vestuario que el empleador le suministra al trabajador como parte de la retribución por la prestación de sus servicios.

En este último aspecto del salario es indispensable tener en cuenta que cuando el empleador decide retribuir al trabajador parte del salario en alimentación, habitación o vestuario, esta determinación o pacto entre empleador y trabajador debe constar por escrito. En dicho documento, o dentro del mismo contrato de trabajo, se debe asignar un valor a ese salario en especie, teniendo en cuenta que si el trabajador devenga el salario mínimo legal mensual vigente o el salario mínimo convencional, el valor del suministro no puede exceder el 30% del total del salario. Si, el trabajador devenga un salario considerablemente superior al mínimo, el valor del suministro en especie no puede superar el 50% del total del salario devengado por el trabajador. A falta de esta estipulación, si surgiere algún

conflicto entre las partes, que esté relacionado con el monto que debe fijarse respecto al salario en especie, es el juez laboral quien, mediante la colaboración de un auxiliar de la justicia -un perito avaluador-, debe asignar el precio correspondiente, el cual habrá de sumarse a lo que el trabajador recibe en dinero, para efectos de liquidar las prestaciones sociales.

El suministro de alimentación a bajo precio también constituye salario en especie. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia de diciembre 15 de 1970, expresó que

> si el suministro gratuito de alimentación constituye, por definición legal salario en especie, no se ve por qué el suministro de alimentación a bajo precio no lo ha de constituir en cuanto ese precio menor favorece económicamente al asalariado. No puede hablarse de que ese beneficio no es retributivo del trabajo, ya que se otorga al trabajador y en razón de serlo, luego no es mera liberalidad sino precisamente contraprestación del trabajo.[58]

Tratándose de la vinculación de los trabajadores del campo, es decir, de todos aquellos que trabajan en labores agrícolas, ganaderas o forestales, cuando se les suministra alimentación o vivienda han de tenerse en cuenta los mismos porcentajes del 30% (salario mínimo legal mensual vigente o el salario mínimo convencional) y del 50% (considerablemente más del salario mínimo) en cuanto al máximo que pueden alcanzar dichos suministros como parte del total del salario.

El terreno que algunos dueños de haciendas o fincas le suministran al trabajador para que sea utilizado en cultivos, crías de cerdos, gallinas u otras actividades, no constituye salario en especie, puesto que esta figura jurídica se denomina comodato o préstamo de uso. De todas maneras, este suministro, comodato o préstamo de uso, debe constar por escrito, con el fin de que se estipule entre las partes para qué va a ser destinado el terreno y para qué asuntos no puede utilizarse, cuándo finaliza el comodato y, sobre todo, para que se acuerde que una vez finalizado el mismo, el comodatario, es decir, el trabajador, debe restituirle el terreno al comodante o empleador.

El artículo 15 de la Ley 50 de 1990, al modificar el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo y al definir qué pagos no constituyen salario, estableció que las partes pueden pactar por escrito o dentro del mismo contrato de trabajo

58 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencia de diciembre 15 de 1970.

que el suministro de alimentación, alojamiento o vestuario que el empleador le hace al trabajador no constituye salario para ningún efecto, lo cual desfavorece notablemente el aspecto salarial del trabajador. Pero si este acuerdo no consta por escrito, regirá en este campo todo lo que en líneas anteriores se ha explicado.

Cuando no conste por escrito o no se haya valorado, para efectos de liquidación de las prestaciones sociales, que se ha suministrado salario en especie al trabajador y surja un diferendo de carácter laboral entre las partes por causa de este asunto, dicho conflicto será definido por el juez laboral del circuito del conocimiento, mediante la colaboración de un auxiliar de la justicia denominado perito avaluador.

En resumen, se llama salario a todo aquello que el trabajador recibe en dinero o en especie como retribución por la prestación de sus servicios. Se llama sueldo a la retribución que recibe el trabajador por los servicios prestados en un período superior a una semana, por ejemplo, cuando se paga decadalmente, quincenalmente o mensualmente. Y se llama jornal a la retribución que recibe el trabajador por su labor en un día o máximo en una semana, de hecho, generalmente se paga bajo esta modalidad a los trabajadores de la construcción y a los del campo.

Al respecto, hay algunas observaciones importantes que están en el artículo 174 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual prescribe lo siguiente:

> 1. Como remuneración del descanso, el trabajador a jornal debe recibir el salario ordinario sencillo, aún en el caso de que el descanso dominical coincida con una fecha que la ley señale también como de descanso remunerado […]
>
> 2. En todo sueldo se entiende comprendido el pago del descanso en los días en que es legalmente obligatorio y remunerado.

El contenido del numeral 2 del artículo 174 significa que cuando a un trabajador se le cancela la remuneración pactada bajo la modalidad de sueldo, es decir, decadal, quincenal o mensual, en dicho pago quedan incluidos los dominicales y festivos que se encuentren en el lapso que se está cancelando. Por ejemplo, cuando se cancela a un trabajador la suma de $1’500.000 por el período comprendido entre el 1 y el 15 de un mes, dentro de esa suma se entienden cancelados los dominicales y festivos que haya en dicha quincena. Así mismo, cuando se le paga la suma de $1’500.000 por la quincena comprendida entre el 16 y el 30 del

correspondiente mes, también dentro de este pago están incluidos los dominicales y festivos que haya en dicha quincena.

Cuando el trabajador recibe un salario variable, como en el caso de que devengue comisiones o porcentajes sobre ventas, el pago no se entiende de la misma manera. Es decir, si se le cancela a un trabajador, por concepto de sueldo y en comisiones, del 1 al 15 del mes la suma de $1'476.520 y en la quincena del 16 al 30 del mes la suma de $1'875.497 solo en comisiones, en estas últimas se le están cancelando únicamente los días hábiles y se le están adeudando los dominicales y festivos que se encuentren en cada período cancelado.

Conviene, por lo tanto, para mejor claridad, transcribir la siguiente sentencia, en la que la Corte Suprema de Justicia establece:

> Remuneración distinta de sueldo.
>
> El nombrado artículo 174 del C.S.T., contempla dos especies de salario fijo: jornal y sueldo. Para efectos del pago de los descansos legales, el del sueldo los incluye, pero no los comprende la retribución a jornal. Todo lo cual quiere decir que el criterio para decidir si el pago del salario conlleva el de los descansos, no es propiamente el hecho de que el estipulado sea el fijo, sino el de que el pactado (sic) lo sea a base de sueldo. Por consiguiente cualquiera otra especie de remuneración fija o variable, deja por fuera la deuda por descansos en domingos y otros días festivos. Según lo expuesto, si es un derecho del trabajador con salario variable la remuneración de los descansos legales se desmejora su situación jurídica si se le somete al régimen del empleado a sueldo o por unidad de tiempo, como bien lo observa el fallador, sin réplica del recurrente.
>
> La situación jurídica no cambia si el salario que se pacta combina el fijo con el variable (sueldo mensual y porcentajes sobre ventas, por ejemplo). En vista de que el segundo hace parte del primero (artículo 127) la cuantía cierta de la remuneración no podría conocerse sino a través de la ejecución del contrato, aunque para liquidarla se señale determinado período (semanas, quincenas, o meses).
>
> Por último en el supuesto de que la cuestión debatida se considere dudosa, habría que acudir al mandato del artículo 21 del C.S.T. el cual ordena que en tal hipótesis debe prevalecer en la aplicación de las normas, la más favorable al trabajador.[59]

Lo anterior obliga a recomendar que cuando se pacte entre empleador y trabajador una remuneración representada en comisiones o porcentajes sobre ventas,

59 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sentencias de ene. 30/64, dic. 6/72 y sept. 29/73.

o en un salario fijo de un lado y comisiones o porcentajes sobre ventas por otro, con el fin de evitar que al trabajador se le queden adeudando dominicales y festivos sobre las comisiones, se debe incluir en el contrato una cláusula que divida las comisiones en una suma que remunere la labor contratada y otra menor para remunerar los dominicales y festivos en cada pago. Por ejemplo, las comisiones pactadas entre las partes se dividen en un 97% para remunerar la labor contratada (ventas, recuperación de cartera, etc.) y en un 3% para remunerar los dominicales y festivos incursos en el lapso que se esté pagando (década, quincena, mes).

Esta no es una división absoluta, sino que puede buscarse un equilibrio moderado entre el valor promedio del día, de acuerdo a las comisiones o porcentajes pagados, y el que se va a asignar a los domingos y festivos existentes en el tiempo laborado. Los contratos de trabajo que se expenden en las papelerías, denominados formas Minerva, dividen las comisiones en el 82,5% para remunerar la labor contratada y en el 17,5% para retribuir los domingos y festivos, división que se antoja un poco exagerada. Se puede, por ejemplo, dividir el total de las comisiones en un 90% con un 10 % para la retribución de domingos y festivos, o en un 92% con un 8%, respectivamente.

La segunda observación se refiere al complemento del salario cuando el empleador desea suministrar salario en especie, representado en alimentación, alojamiento o vestuario. Esta figura debe constar por escrito y debe valorarse sin exceder los porcentajes a los cuales ya se hizo referencia previamente, ya sea que el trabajador devengue el salario mínimo legal mensual vigente o el salario mínimo convencional, o que, por el contrario, devengue un salario superior al mínimo. No se debe olvidar que el porcentaje asignado al salario en especie tiene que sumarse al salario que el trabajador recibe en dinero, para efectos de liquidar el auxilio de cesantía, la prima de servicios, las vacaciones y todas aquellas prestaciones sociales que le corresponde asumir al Sistema de Seguridad Social, pero que deba pagar el empleador en caso de omitir la obligación de afiliar al trabajador a dicho sistema. Lo anterior, siempre y cuando no se acuda a la determinación de pactar que el salario en especie no constituya salario para ningún efecto, tal como lo faculta el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, la cual reformó el artículo 128 del C.S.T.

Como nota final de este apartado, valga decir que si un trabajador devenga un salario variable y debe cumplir la jornada máxima legal, no puede en ningún mes devengar menos del salario mínimo legal mensual vigente. Si ocurriere esto,

por ejemplo, que en comisiones o en estas sumadas al sueldo básico no se alcance el salario mínimo, el empleador está obligado a ajustarlo hasta llegar al mínimo legal mensual vigente. Esto se tendría en cuenta para la posterior liquidación del auxilio de cesantía y de las primas de servicio.

Pagos que no constituyen salario

El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo informa lo siguiente:

> Art. 128 subrogado, L. 50/90, art.15. Pagos que no constituyen salario. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

La claridad de esta disposición solo permite comentar que la reforma introducida por el artículo 15 de la Ley 50/90, consiste en permitir que empleador y trabajador puedan pactar expresamente, es decir, por escrito, que algunos pagos habituales u ocasionales no constituyan salario para ningún efecto. Sin embargo, la ausencia de este pacto pone en vigencia el derecho del trabajador a reclamar su valoración judicial y el ajuste de la liquidación de todas sus acreencias laborales. La comunicación, por parte del empleador al trabajador, de que cierto auxilio, bonificación, prima, sobresueldo u otro pago cualquiera que le esté suministrando no constituye salario, no tiene validez jurídica, pues dicha comunicación es una determinación unilateral del empleador y no un pacto, como lo dispone la ley.

Salario mínimo legal mensual vigente

¿Qué es el salario mínimo legal mensual vigente?

El salario mínimo legal mensual vigente -SMLMV- es la suma de dinero que anualmente es señalada por La Comisión Nacional de Concertación Laboral o, en su defecto, por el Ejecutivo, para los trabajadores ordinarios que laboran 8 horas diarias y 48 horas semanales, teniendo en cuenta para ello el aumento en el costo de vida y la capacidad económica tanto del país como de los empleadores. Como lo define el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo, el "salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural".

Ningún trabajador en Colombia, que labore 8 horas al día y 48 horas a la semana, puede devengar menos del salario mínimo legal mensual vigente, salvo que cumpla menos de la jornada máxima, en cuyo caso el salario se debe pactar de forma proporcional, respetando siempre el SMLMV En el evento en que el trabajador obligado contractualmente a prestar sus servicios 8 horas al día -todos los días laborables de la semana- o 48 horas semanales, aparezca devengando menos del salario mínimo legal mensual vigente en un mes, sumados todos sus ingresos (salario básico y comisiones), el empleador está en la obligación de completar la suma hasta llegar al salario mínimo.

Lo anterior comprende también la jornada de 5 días a la semana, establecida por el empleador, o la jornada flexible cuando es necesaria.

¿Qué es el salario mínimo convencional?

El salario mínimo convencional es el que pactan los empleadores con las organizaciones sindicales como consecuencia de la negociación de un pliego de peticiones o el que acuerdan los empleadores con los trabajadores no sindicalizados en aras de un pacto colectivo. Generalmente el salario mínimo convencional es superior al salario mínimo legal. Si se hace mención al salario mínimo convencional, es porque todo aquello que se predique del salario mínimo legal mensual vigente es aplicable al salario mínimo convencional. Cuando dentro de una negociación colectiva las partes acuerdan varios salarios mínimos convencionales,

todo aquello aplicable al SMLMV cobija todos los salarios mínimos convencionales pactados, incluyendo el más alto.

Salario integral

¿Qué es el salario integral?

El artículo 18 de la Ley 50/90 introdujo una novedad salarial en el artículo 132 del C.S.T., la cual consiste en que cuando el trabajador devengue un salario ordinario de 10 o más salarios mínimos legales mensuales, vale la estipulación de un salario integral, que además de retribuir la labor ordinaria compense el valor de las prestaciones sociales legales y extralegales, el recargo nocturno, el valor del trabajo suplementario o de horas extras, el valor del trabajo en días dominicales y festivos, el valor de los días compensatorios y todos los demás pagos que recibe el trabajador como retribución de sus servicios. Esto, con excepción de las vacaciones, las cuales en el sector particular no son prestación social, sino un descanso remunerado.

Lo anterior indica que debe constar por escrito el pacto celebrado entre empleador y trabajador para establecer el salario integral. Además, dentro de dicho documento se debe instaurar, con toda claridad, cuántos salarios mínimos lo integran (por lo menos 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes) y qué porcentaje de esos salarios mínimos tomados integrará el *factor prestacional*, el cual en ningún momento podrá ser inferior al 30%. El trabajador con salario integral solamente tiene derecho a sus vacaciones y a la indemnización en el evento de que sea despedido sin justa causa. En conclusión, el requisito *sine qua non* del salario integral consiste en que debe figurar por escrito. Entonces, no existe salario integral verbal.

¿Puede pactarse salario integral incluyendo salario en especie?

Desde luego que sí. Se le asigna un valor al suministro de alimentación, alojamiento o vestuario y se suma al monto de lo que el trabajador recibe en dinero. Lo que no es jurídicamente aceptable es que se le suministre salario en especie al trabajador, como parte del salario integral, y luego se pacte que lo suministrado en especie no constituye salario para ningún efecto.

En ningún caso el salario integral puede ser inferior al monto de 10 salarios mínimos más el 30% como *factor prestacional*. Por ejemplo, el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2017 es de $737.717, por lo que la suma de los 10 salarios mínimos sería de $7´377.170. Así, el 30% de este monto es de $2’213.151, lo que, añadido a los $7´377.170, nos arroja un total de $9´590.321 mensuales, valor que corresponde al salario integral mínimo para el año 2017. Ahora bien, incluyendo el salario en especie en el valor anterior, empleador y trabajador pueden pactar, por ejemplo, el suministro de un apartamento valorado en $1’500.000 y el valor en dinero de $8´090.321, para así cumplir el total de $9´590.321 mensuales.

¿Cómo se pacta el salario?

El empleador y el trabajador pueden pactar libremente el salario, respetando siempre el salario mínimo legal mensual vigente. Las modalidades son: a) por unidad de tiempo, es decir, valor hora, valor día, por décadas, quincenalmente, mensualmente; b) por unidad de obra, por ejemplo, $45.000 por cada vestido confeccionado; c) por tarea, por ejemplo, $900.000 por cada vehículo reparado; d) a destajo, por ejemplo, $60.000 hectárea de terreno arado y abonado.

¿Quién paga el salario?

Por regla general, el salario lo paga el empleador, bien sea directamente o a través de sus representantes. Sin embargo, el salario también puede ser ingresado por un tercero y el pago es perfectamente válido.

¿A quién se paga el salario?

El salario se paga habitualmente al trabajador, pero este también puede autorizar por escrito que la retribución se le haga a alguien más.

¿Cuándo se paga el salario?

El salario se paga, según se acostumbre en la organización, y tal como lo hayan convenido las partes, por días, decadalmente, quincenalmente o mensualmente.

¿Cómo se paga el salario?

Tal como haya quedado estipulado en el contrato de trabajo o como lo hayan acordado verbalmente las partes, es decir, en dinero nacional, en moneda extranjera o en dinero y en especie. Si hubo estipulación del pago en moneda extranjera, el trabajador puede exigir, en el momento del pago, que esta se le convierta en moneda nacional, al cambio vigente.

¿Dónde se hace el pago?

El art. 138 del Código Sustantivo del Trabajo estipula:

> Lugar y tiempo de pago. 1. Salvo convenio por escrito, el pago debe efectuarse en el lugar donde el trabajador presta sus servicios, durante el trabajo o inmediatamente después que éste cese […]
>
> 2. Queda prohibido y se tiene por no hecho el pago que se haga en centros de vicios o lugares de recreo, en expendios de mercancías o de bebidas alcohólicas, a no ser que se trate de trabajadores del establecimiento donde se hace el pago.

La jurisprudencia laboral (Sentencia T-014 de enero 20/95), no obstante lo prescrito en la norma antes enunciada, ha aceptado que el pago pueda realizarse mediante transferencia bancaria, efectuada por el empleador, a la cuenta corriente o de ahorros del trabajador, validándose esta práctica.

Salario sin prestación del servicio por parte del trabajador

El empleador está obligado a pagar el salario del trabajador cuando este no preste su servicio en caso de: a) calamidad doméstica; b) licencia o permiso remunerado otorgado por el empleador; c) que el trabajador sea incapacitado y la incapacidad no le sea cubierta por el sistema de seguridad social al cual esté afiliado, por falta de pago, o mora en el mismo; d) que el trabajador no preste el servicio por culpa del empleador; y, e) que el trabajador desaparezca o sea secuestrado.

¿Cómo se paga el salario del trabajador que desaparece o es secuestrado?

La Ley 986 de 2005 establece la forma como han de pagarse los salarios, honorarios y prestaciones sociales del trabajador secuestrado, haciendo presuntamente una excepción a lo que dispone el artículo 10 de la misma Ley, en el sentido de

que el secuestro es una fuerza mayor, causal que daría lugar a la suspensión del contrato de trabajo. No obstante lo anterior, el artículo 15 de la Ley 986 prescribe lo siguiente:

> **Artículo 15. Pago de salarios, honorarios y prestaciones sociales del secuestrado.** El empleador deberá continuar pagando el salario y prestaciones sociales a que tenga derecho el secuestrado al momento de ocurrencia del secuestro, ajustados de acuerdo con los aumentos legalmente exigibles. También deberá continuar este pago en el caso de servidores públicos que no devenguen salarios sino honorarios. Dicho pago deberá realizarse al curador provisional o definitivo de bienes a que hace referencia el artículo 26 de la presente ley. Este pago se efectuará desde el día en que el trabajador, sea éste, particular o servidor público, haya sido privado de la libertad y hasta cuando se produzca una de las siguientes condiciones:
>
> 1. En el caso de trabajador con contrato laboral a término indefinido, hasta cuando se produzca su libertad, o se compruebe la muerte, o se declare la muerte presunta.
>
> 2. En el caso de trabajador con contrato laboral a término fijo, hasta el vencimiento del contrato, o hasta cuando se produzca su libertad o se compruebe la muerte o se declare la muerte presunta si alguno de estos hechos se produce con anterioridad a la fecha de terminación del contrato.
>
> 3. En el caso de servidor público hasta cuando se produzca su libertad, o alguna de las siguientes circunstancias: Que se compruebe su muerte o se declare la muerte presunta o el cumplimiento del período constitucional o legal, del cargo.
>
> 4. El cumplimiento de la edad y los requisitos para obtener la pensión, caso en el cual corresponde al curador iniciar los trámites para solicitar su pago.
>
> No podrá reconocerse un pago de salario u honorarios superior a veinticinco (25) salarios mínimos legales mensuales vigentes, excepto en aquellos casos de secuestro ocurridos con anterioridad a la expedición de esta ley en los que se mantendrán las condiciones laborales previamente establecidas.
>
> El empleador deberá continuar pagando las prestaciones sociales del secuestrado, atendiendo a las reglas de pago señaladas en los numerales 1 al 4, así como también los aportes al sistema de seguridad social integral.
>
> **Parágrafo 1°.** Al secuestrado con contrato laboral vigente al momento que recobre su libertad, se le deberá garantizar un período de estabilidad laboral durante un lapso mínimo equivalente a la duración del secuestro, que en todo caso no exceda un año, contado a partir del momento que se produzca su libertad. Igual tratamiento tendrán los servidores públicos, salvo que el secuestrado cumpla la edad de retiro forzoso, o que se cumpla el período constitucional o legal del cargo. También se exceptúan de

> este beneficio a las demás personas que cumplan con la edad y requisitos para obtener pensión, tal como lo dispone el numeral 4 de este artículo. Lo anterior no obsta para que, si llegare a ser necesario, durante el período de estabilidad laboral se dé aplicación a las causales legales de terminación del vínculo laboral por justa causa o tenga lugar la remoción del cargo con ocasión del incumplimiento de los regímenes disciplinario, fiscal o penal según el caso.
>
> **Parágrafo 2°.** Por regla general, el curador provisional o definitivo de bienes deberá destinar en forma prioritaria los dineros que reciba en virtud de lo dispuesto en este artículo, para atender las necesidades de las personas dependientes económicamente del secuestrado.
>
> **Parágrafo 3°.** En el evento contemplado en el numeral 2 de este artículo y en el caso del cumplimiento del período constitucional o legal del cargo en el caso de servidores públicos, el fiscal o el juez competente podrán determinar la continuidad en el pago de los salarios u honorarios más allá del vencimiento del contrato o del período correspondiente, y hasta tanto se produzca la libertad, o se compruebe la muerte, o se declare la muerte presunta del secuestrado, si al ponderar los elementos de juicio a su alcance, infiere que entre el desempeño del trabajador como servidor público o particular y las causas del secuestro existe un vínculo inescindible.
>
> **Parágrafo 4°.** Los miembros de la Fuerza Pública secuestrados mantendrán su sueldo básico asignado y un promedio de los haberes devengados durante los últimos tres (3) meses. El tiempo que duren privados de su libertad será contabilizado como tiempo de servicios. Los miembros de la Fuerza Pública secuestrados serán ascendidos cuando cumplan el tiempo reglamentario. Al cónyuge y los hijos de los miembros de la Fuerza Pública secuestrados se les reconocerán los derechos adquiridos en materia de salud, educación y servicios sociales.

En el concepto del autor de este texto, salvo mejor opinión, para los efectos del artículo 15 (citado previamente), la situación del trabajador desaparecido puede asimilarse a la del trabajador secuestrado.

El juez de familia puede, según los términos del artículo 26 de la Ley 986/2005, designar como curador de bienes provisional o definitivo a: el cónyuge, compañero o compañera permanente, incluyendo en estas figuras a las parejas del mismo sexo; a los descendientes legítimos, incluyendo a los adoptivos; y a los hermanos y a los ascendientes legítimos, incluyendo a los padres adoptantes.

El auxilio de transporte

¿Qué es el auxilio de transporte?

El auxilio de transporte es cierta suma de dinero, a cargo del empleador y en favor de algunos trabajadores, que tiene por objeto colaborar con los gastos de desplazamiento que el trabajador debe hacer desde su hogar hasta el lugar del trabajo y viceversa.

La Ley 15 de 1959 estableció el auxilio de transporte como una suma de dinero en favor del trabajador, cuyos ingresos no excedan el valor de dos (2) veces el salario mínimo legal mensual vigente, en las ciudades que tengan servicio de transporte.

Los empleadores no están obligados a cancelar el auxilio de transporte a los trabajadores que, teniendo derecho a él por devengar menos o hasta dos (2) veces el salario mínimo legal mensual vigente, vivan en el lugar de trabajo o tan cerca a este que no requieran de un medio de transporte para llegar a él. Así mismo ocurre cuando el empleador suministra el transporte completo a todos sus empleados. Pero si el suministro de transporte que realiza el empleador deja a los trabajadores a medio camino y estos tienen que hacer uso de un medio de transporte adicional para llegar a sus hogares, el empleador está obligado a pagar el auxilio de transporte fijado por el Estado.

El auxilio de transporte no es una prestación social, ni tampoco es salario. Sin embargo, el artículo 7° de la Ley 1ª de 1963, reglamentaria de la Ley 15 de 1959, dispone que, en todos los casos, el auxilio de transporte se debe adicionar al salario, para efectos de liquidar prestaciones sociales, aun cuando el empleador no esté en la obligación de pagarlo, por cualquiera de las razones antes expuestas. En cambio, para buscar el salario promedio, para liquidar las prestaciones sociales de un trabajador con salario variable o para liquidar indemnizaciones, el auxilio de transporte no se suma al salario.

El auxilio de transporte se debe abonar en forma anticipada. Cuando el pago se hace bajo la modalidad de sueldo, debe hacerse en su totalidad en la primera o segunda quincena. Si el pago se hace bajo la modalidad de jornal, es decir, semanalmente, el auxilio de transporte se liquida por los días realmente laborados. Si se trata de un trabajador de medio tiempo, se le debe pagar la mitad del auxilio

de transporte mensual señalado por el Estado. Para el 2018, este se estableció en $88.211 mensuales, $44.105 quincenales y $2.940 diarios.

Si un trabajador con derecho a auxilio de transporte llega a su trabajo en bicicleta, moto o carro, el empleador debe, de igual manera, pagarle dicho auxilio. Esto, a menos que el empleador sea quien suministre alguno de estos medios de transporte. Sin embargo, cuando el empleador le suministra al trabajador un medio de transporte en razón al oficio que desempeña y este debe dejar el vehículo en el lugar de trabajo al terminar su labor, el empleador debe pagar el auxilio de transporte.

Prestaciones sociales

¿Qué son las prestaciones sociales?

Las prestaciones sociales son ciertos beneficios adicionales al salario, los cuales le sobrevienen al trabajador como consecuencia de la prestación personal del servicio. Algunas prestaciones están establecidas en la ley, otras son emanadas de las negociaciones colectivas o de los pactos colectivos y algunas otras son obtenidas por simple liberalidad del empleador.

Las prestaciones sociales se clasifican en legales y en extralegales. Las legales son aquellas que han sido otorgadas por nuestro ordenamiento jurídico (leyes, decretos, resoluciones) y las extralegales son las que obtienen los trabajadores a través de las negociaciones de los pliegos de peticiones o de los pactos colectivos.

Aquí se hará referencia únicamente a las prestaciones sociales de carácter legal, las cuales están a cargo del empleador. Sin embargo, si el empleador cumple con la obligación de afiliar al trabajador a un sistema de seguridad social y de pagar las cotizaciones mensuales en forma oportuna, puede liberarse de responder por ciertas prestaciones sociales. De igual manera, si afilia su empresa o negocio a una Caja de Compensación Familiar, podrá librarse del pago del subsidio familiar.

Prestaciones sociales a cargo del empleador

Están a cargo, directamente, del empleador: el auxilio de cesantía, los intereses sobre la cesantía, la prima de servicios y el calzado y vestido de labor. Valga aclarar que si el empleador no afilia al trabajador a un Sistema de Seguridad Social y

no se afilia a una Caja de Compensación Familiar, deberá asumir todas las prestaciones sociales asignadas a estas entidades.

Prestaciones sociales a cargo de la Seguridad Social

Cuando el trabajador ha sido afiliado a un sistema de Seguridad Social, corren a cargo de esta: la atención en salud por enfermedad común, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; la protección a la maternidad; la licencia de maternidad; la licencia de paternidad; la licencia de luto; la pensión de vejez; la pensión de invalidez; el seguro de vida; los gastos funerales.

Prestaciones sociales a cargo de las Cajas de Compensación Familiar

Cuando el empleador se encuentra afiliado a una Caja de Compensación Familiar, está a cargo de esta el reconocimiento y pago del subsidio familiar.

El auxilio de cesantía

Es la prestación social por excelencia y consiste en una suma de dinero que el empleador debe pagar al trabajador a la terminación del contrato de trabajo, con el fin de que este atienda a su subsistencia y a la de su familia durante el tiempo que se encuentre cesante.

¿A cuánto equivale el auxilio de cesantía?

Según el artículo 249 del C.S.T., el auxilio de cesantía equivale a 30 días de salario por año cumplido de servicio y proporcionalmente por fracción de año. Lo anterior nos indica que el trabajador tiene derecho al auxilio de cesantía en forma proporcional, así no trabaje sino un día. Además, según el artículo 197 del C.S.T., "los trabajadores tienen derecho a las prestaciones y garantías que les correspondan, cualquiera que sea la duración de la jornada".

Por lo tanto, los 30 días de salario, divididos entre los 12 meses que tiene el año, dan un resultado de 2,5 días de salario por mes trabajado. Lo que indica que el común de los trabajadores en Colombia, al laborar un mes completo al servicio de un empleador, tienen derecho a 2,5 de salario por concepto de auxilio de cesantía.

Los trabajadores de la construcción tienen derecho a 3 días de salario por mes completo trabajado. Pero como los trabajadores no laboran meses completos, es necesario que para los trabajadores distintos a los de la construcción se utilice la siguiente fórmula:

$$\text{Auxilio de cesantía} = \frac{\text{salario x tiempo de servicio}}{360}$$

En Colombia existen actualmente 2 sistemas para liquidar el auxilio de cesantía, el sistema tradicional o de la retroactividad y el sistema de la Ley 50 de 1990.

El sistema tradicional o de la retroactividad

El trabajador con contrato de trabajo anterior a la vigencia de la Ley 50 de 1990, es decir, antes del 1 de enero de 1991, puede acogerse a los beneficios de la misma. Para esto basta con enviarle una comunicación al empleador, manifestándole esa determinación e informándole a partir de qué día pretende ser acogido por esta Ley. El empleador ordenará entonces liquidarle el auxilio de cesantía al trabajador por el sistema tradicional hasta esa fecha, consignando dicha suma en un fondo administrador de cesantías en favor del trabajador, informándole a este sobre el valor consignado y de ahí en adelante le liquidará el auxilio de cesantía año por año.

Antes de exponer el primer ejemplo de esto, es necesario analizar el contenido del artículo 253 del C.S.T., el cual expresa lo siguiente:

> Art. 253-Subrogado D.L. 2351/65 art. 17. *Salario base para la liquidación de cesantía.*
>
> 1. Para liquidar el auxilio de cesantía se toma como base el último salario devengado por el trabajador, siempre que no haya tenido variación en los tres (3) últimos meses. En el caso contrario y en el de los salarios variables, se tomará como base el promedio de lo devengado en el último año, de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año.
>
> 2. Para el tiempo de servicios anterior al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos sesenta y dos (1962) se aplicarán las normas vigentes hasta esta fecha.

Ahora bien, un ejemplo de ello podría ser el caso de un trabajador que ingresa al servicio de un empleador el día 17 de agosto de 1979 en calidad de vendedor, mediante un contrato de trabajo a término indefinido y que se retira voluntariamente el día 28 de septiembre de 2015. Nunca se acogió a la Ley 50 de 1990. Su remuneración siempre estuvo representada en comisiones. En cuanto a ellas, en el año 2014 devengó $14'780.647 y en el año 2015 $9'658.340. Con estos datos se le debe liquidar el auxilio de cesantía.

Como el trabajador no se acogió a la Ley 50/90, se le adeuda el auxilio de cesantía de todo el tiempo laborado. Además, siempre tuvo un salario variable y, por lo tanto, el salario para liquidarle esta prestación social es el promedio de lo devengado en el último año de servicios. Como el trabajador laboró hasta el día 28 de septiembre de 2015, el último año de servicios es el comprendido entre el 29 de septiembre de 2014 y el 28 de septiembre de 2015: exactamente 360 días. Para averiguar los salarios devengados por el trabajador en el último año de servicios se toma la cifra de $14'780.647 correspondientes a las comisiones devengadas por el trabajador en el año 2014 y se divide entre 360 días, con el fin de saber cuál fue el promedio diario en ese año:

$$\$14'780.647 \div 360 = \$41.057$$

Al promedio diario de 2014 se le multiplican los días trabajados por el servidor. Teniendo en cuenta que en materia laboral todos los meses se asumen de 30 y todos los años de 360 días, entre el 29 de septiembre y el 30 de diciembre de 2014 hay 92 días. Estos, a razón de $41.057, nos dan un total de $3'777.244. Sabiendo cuánto devengó en comisiones el trabajador, entre el 29 de septiembre y el 30 de diciembre de 2014, se le suma esta cantidad a todas las comisiones devengadas en el año 2015, así:

$$\$9'658.340 + \$3'777.244 = \$13'435.584$$

Esta última cantidad fue lo que el trabajador devengó en el último año de servicios, por lo que solamente queda dividirla entre 12, para saber así cuál es el promedio mensual con el cual se va a liquidar el auxilio de cesantías:

$$\frac{\$\ 13'435.584}{12} = \$1'119.632$$

Esta liquidación corresponde al año 2015, en el cual el salario mínimo legal mensual vigente fue de $644.350. Dicho valor, multiplicado por 2, arroja un total de $1’288.700. Esto indica que el trabajador devengó ese año, en promedio, menos de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que tiene derecho a que se le adicione al salario el auxilio de transporte de aquel año, o sea, la suma de $74.000, para liquidar esta prestación social. Por lo tanto, se debe proceder así:

$1’119.632 + $74.000 = $1’193.632

Entonces el valor anterior es el promedio de lo devengado en el último año de servicio y es con el cual se procederá a liquidar el auxilio de cesantías del trabajador. Sin embargo, falta indagar el tiempo de servicio. Cuando se trata de averiguar el tiempo de servicio de un trabajador con contrato de trabajo a término indefinido, solamente se debe acudir a una simple resta, colocando la fecha de retiro como minuendo y la fecha de ingreso como sustraendo, adicionándole 1 día, de la siguiente manera:

3016	9	28
1979	0	17
36	1	11+1

Así, el trabajador laboró 36 años, 1 mes y 12 días, en otras palabras, lo correspondiente a 13.002 días.

Teniendo tanto el salario promedio con el cual se debe liquidar el auxilio de cesantías, como el tiempo de servicio, solamente queda aplicar la fórmula ya citada:

$$\text{Cesantía} = \frac{\text{salario x tiempo de servicio}}{360}$$

$$\text{Cesantía} = \frac{\$\ 1’193.632 \text{ X } 13.002}{360} = \$43’110.009$$

El anterior ejemplo corresponde a un trabajador con salario variable, es decir, aquel trabajador que recibe una suma distinta de dinero en todos los pagos. A continuación se verá un ejemplo de liquidación de un trabajador a quien le varía

el salario, esto es, que recibe la misma suma de dinero y que por determinación del empleador o por disposición de la ley se le varía dicha suma.

Entonces, se tiene el caso de un trabajador que ingresa al servicio de un empleador el día 21 de mayo de 1981 en calidad de auxiliar contable, mediante un contrato de trabajo a término indefinido. Nunca se acogió a la Ley 50 de 1990. Su remuneración durante el 2015 fue de $1'200.000 mensuales y a partir del 1 de abril de 2016 recibió un aumento que dejó su salario en $1'500.000 mensuales. Se retira voluntariamente el día 25 de mayo de 2016. Con estos datos se debe liquidar su auxilio de cesantías.

Como el trabajador no se acogió a la Ley 50/90, se le adeuda el auxilio de cesantías de todo el tiempo de servicio. Su salario varió a partir del 1 de abril de 2016 y no alcanzó a disfrutarlo siquiera 3 meses, por lo tanto, atendiendo las voces del artículo 253 del C.S.T., se le debe liquidar dicho auxilio con el promedio de lo devengado en el último año de servicios.

El trabajador laboró hasta el día 25 de mayo de 2016, por lo que el último año de servicios es el comprendido entre el 26 de mayo de 2015 y el 25 de mayo de 2016. Exactamente 360 días. Se procede entonces a averiguar los salarios devengados por el trabajador en el último año de servicios, tomando para ello el valor de $1'200.000, que fue el sueldo devengado por el trabajador en el año 2015. Este se divide entre 30 días, lo cual da como resultado $40.000 diarios. Esta cantidad se multiplica por los días que existen entre el 26 de mayo y el 30 de diciembre de 2015, que son 215, lo cual da $8'600.000. Entre el 1 de enero y el 25 de mayo de 2016 hay 145 días, en los cuales el trabajador estuvo devengando $1'500.000 mensuales, es decir, $50.000 diarios. Luego, este valor se multiplica por 145, lo cual da $7'250.000. Ahora se suman los $8'600.000 y los $7'250.000, lo que da un total de $15'850.000. Esta cantidad representa lo devengado por el trabajador en el último año de servicios, cifra que se debe dividir entre 12 meses, para así obtener el promedio mensual con el que se liquidará el auxilio de cesantías por todo el tiempo laborado:

$$\$15'850.000 \div 12 = \$1'320.833$$

Esta liquidación corresponde al 2016. En este año el salario mínimo legal mensual vigente fue de $689.455. Esta cantidad, multiplicada por 2, es igual a $1'378.910, lo que indica que el trabajador devengó en promedio menos de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes en el 2016, por lo que tiene derecho

a que se le adicione al salario el auxilio de transporte, correspondiente a $77.700, para así liquidar esta prestación social. Por lo tanto, se debe proceder así:

$ 1’320.833 + $77.700 = $1’398.533

Entonces este será el promedio de lo devengado por el trabajador en el último año de servicio y con el cual se procederá a liquidar su auxilio de cesantías.

Pero falta indagar el tiempo de servicio. Se repite que cuando se trate de averiguar el tiempo de servicio de un trabajador con contrato de trabajo a término indefinido debe acudirse a una simple resta, colocando la fecha de retiro como minuendo y la fecha de ingreso como sustraendo y adicionándole 1 día, así:

3016	5	25
1981	5	21
35	0	04+1

Esto da como resultado que el trabajador laboró 35 años y 5 días, en otras palabras, un total de 12.605 días.

Habiendo obtenido tanto el salario promedio con el cual se debe liquidar el auxilio de cesantías, así como el tiempo de servicio, solamente queda aplicar la siguiente fórmula:

$$\text{Cesantía} = \frac{\$\ 1’398.533 \text{ X } 12.605}{360} = \$48’968.079$$

Los dos ejemplos anteriores sirven para realizar cualquier liquidación de cesantías correspondiente al sistema tradicional o al de la retroactividad.

El sistema de la Ley 50 de 1990

La Ley 50/90 produjo un revolucionario sistema de liquidación del auxilio de cesantías, cuyo único propósito fue el de ponerle fin a la retroactividad de esta prestación y procurar que los empleadores pudieran hacer aumentos salariales a los trabajadores con más frecuencia, sin que esto afectase económicamente sus planes presupuestales. Lo anterior, dado que se pretendía que dichos aumentos rigieran únicamente a partir de su fecha de realización y hacia el futuro, sin implicar dentro de una liquidación años de servicio anteriores al aumento, como venía ocurriendo antes de su expedición.

En los numerales 1, 2 y 3 del artículo 99 de la Ley 50/90 se expresa lo siguiente:

> 1. El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo.
>
> 2. El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente.
>
> 3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo.

De tal manera que todos los contratos de trabajo suscritos a partir del 1 de enero de 1991 y los contratos de aquellos trabajadores que hubieren ingresado al servicio del empleador con anterioridad a la vigencia de la Ley 50/90, y que por escrito se acojan a sus beneficios, se liquidarán a 31 de diciembre de cada año, sin perjuicio de la liquidación que deba efectuarse en diferente fecha, con motivo de la terminación del contrato de trabajo. El valor de la liquidación se debe consignar en un fondo administrador de cesantía a nombre del trabajador, a más tardar el día 14 de febrero del año siguiente y el empleador le hará entrega de un comprobante sobre el valor de la cesantía consignada y el nombre del fondo en el cual se hizo.

Por ejemplo, un trabajador ingresa al servicio de un empleador mediante un contrato de trabajo a término fijo de 9 meses, a partir del 16 de septiembre de 2015, devengando $1’800.000 mensuales. Al llevar el trabajador más de 3 meses con el mismo salario, el 30 de diciembre de 2015 el empleador debe efectuar la siguiente liquidación:

$$\text{Cesantía} = \frac{\$\ 1’800.000 \text{ X } 105}{360} = \$525.000$$

Esta suma debe ser consignada por el empleador en un fondo administrador de cesantía, a favor del trabajador, a más tardar el 14 de febrero de 2016. Luego, el día 15 de junio de 2016, cuando se cumplen los 9 meses del contrato, si el empleador decide no prorrogarlo deberá realizar la siguiente liquidación:

$$\text{Cesantía} = \frac{\$\ 1'800.000 \text{ X } 165}{360} = \$825.000$$

El anterior valor lo entregará el empleador al trabajador junto con una comunicación dirigida al fondo administrador de cesantía, en el cual fue consignada la cesantía liquidada en el mes de diciembre de 2015, autorizando la entrega de los dineros depositados al trabajador.

Cuando a un trabajador al servicio de un empleador no se le haya hecho ninguna liquidación de cesantía anual, tal como lo ordena la Ley 50/90, no se le puede realizar una liquidación por todo el tiempo laborado, sino que es necesario hacer una liquidación por cada año servido, en forma separada.

Otro ejemplo es el de un trabajador que ingresa al servicio de un empleador, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, el día 12 de abril del año 1998 y se retira voluntariamente el día 27 de mayo de 2016, mientras ha estado devengando la suma de $2'450.000 mensuales y se solicita efectuar la liquidación de su auxilio de cesantía.

La liquidación de cesantía de este trabajador, por encontrarse bajo la Ley 50/90, es la siguiente. Primero, se toman los días transcurridos entre el 1 de enero y el 27 de mayo de 2016, lo que da como resultado 147 días. Conociendo el salario, se aplica:

$$\text{Cesantía} = \frac{\$\ 2'450.000 \text{ X } 147}{360} = \$1'000.417$$

Vale anotar en este caso que los años anteriores al 2016 ya han sido liquidados y que el valor del auxilio de cesantía ya ha sido consignado al trabajador en un fondo administrador de cesantía a su favor.

Auxilio de cesantías de un trabajador por días

Del artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo colegimos que el auxilio de cesantía se paga no solamente un mes de salario por año cumplido de servicio, sino que también existe la obligación de pagar dicha prestación social por fracciones de año, como cuando un trabajador no está obligado a laborar la semana completa, sino 1, 2 o 3 días a la semana. Lo anterior se complementa con lo expresado en el artículo 197 del C.S.T., que dice: "Trabajadores de jornada incompleta. Los trabajadores tienen derecho a las prestaciones y garantías que les correspondan, cualquiera que sea la duración de la jornada".

Entonces los empleadores no deben aparecer omisos ante el trabajo de un servidor por 1, 2 o 3 días a la semana, sino que deben procurar realizar la liquidación de cesantías y proceder a su cancelación. Los siguientes son los pasos que se deben seguir para efectuar la liquidación del auxilio de cesantía de un trabajador por días.

Lo primero que se debe hacer es averiguar cuál es el valor de la semana del trabajador. Se supone que se trata de un trabajador que labora 2 días a la semana, viernes y sábado, y devenga $36.000 diarios. Se multiplican los $36.000 por 2 y el resultado es: $72.000. Al valor de los 2 días se le adiciona el valor del domingo en forma proporcional, tal como lo dispone el numeral 5 del artículo 173 del C.S.T.:

> 5. Cuando la jornada de trabajo convenida por las partes, en días u horas, no implique la prestación de servicios en todos los días laborables de la semana, el trabajador tendrá derecho a la remuneración del descanso dominical en proporción al tiempo laborado.

Esa proporción se obtiene dividiendo el valor de 1 día entre 6, que son los días hábiles de la semana, como consecuencia del enunciado basado en el contenido del numeral 1 del artículo 173 del C.S.T., en el que consta que si a un trabajador que labora los 6 días hábiles de la semana se le paga el valor de 1 día como descanso dominical, ¿a cuánto de ese dominical tendrá derecho el trabajador que labora 1 día?

Buscando lo que le corresponde en dinero de ese dominical al trabajador por laborar 1 día, este valor se multiplica por 2 o por 3, según los días trabajados. Para completar la operación, si lo que el trabajador devenga en el día es igual o inferior

a 2 veces el salario mínimo legal diario, se le debe sumar el auxilio de transporte correspondiente al número de días trabajados.

Dicho lo anterior, se pondrá el caso de la liquidación del auxilio de cesantía de una trabajadora por días. Ella labora al servicio de un empleador mediante un contrato de trabajo a término fijo, inferior a 1 año, correspondiente a 5 meses, contados a partir del día 1 de enero de 2016. Trabaja únicamente los viernes y sábados de cada semana, a razón de $36.000 diarios. El día 30 de mayo se le debe liquidar el auxilio de cesantía. Primero se averigua lo devengado por la trabajadora en una semana, procediendo de la siguiente manera:

Valor días trabajados:	$36.000	X 2	=	$ 72.000
Domingo en forma proporcional:	$72.000	÷ 6	=	$ 12.000
Auxilio de transporte:	$2.590	X 2	=	$ 5.180
Valor de la semana:			=	$ 89.180

Este total es lo devengado por la trabajadora en una semana. Como la fórmula para liquidar el auxilio de cesantía pide el salario mensual, este valor no debe multiplicarse por 4 ni por 5, porque no todos los meses tienen ese número de semanas. Entonces la multiplicación se tiene que hacer por 52, que son las semanas que tiene el año. Ese resultado se divide entre los 12 meses anuales, obteniendo así el salario promedio mensual con el cual se puede dar aplicación a la fórmula:

$$\text{Salario promedio mensual} = \frac{\$\ 89.180 \times 52}{12} = \$386.447$$

Ahora se cuentan los viernes y sábados existentes entre el 1 de enero y el 30 de mayo de 2016, obteniendo 44 días. Con estos datos se procede:

$$\text{Cesantía} = \frac{\$\ 386.447 \times 44}{360} = \$47.232$$

Intereses sobre la cesantía

La Ley 52 de 1975 estableció la prestación social denominada intereses sobre la cesantía, fijándolos en el 12% anual y ordenó que los intereses debían liquidarse

el 31 de diciembre de cada año, cancelándoselos al trabajador a más tardar el 31 de enero del año siguiente. Si el empleador no cancela los intereses en el término antes mencionado, debe pagarlos doblemente en cualquier tiempo.

Si el trabajador solicita un anticipo de cesantía para cualquiera de los asuntos autorizados por la ley, también deberá liquidar los intereses sobre el monto de la cesantía anticipada dentro del mes siguiente al pago de la misma. Dichos asuntos pueden ser: adquisición, reparación, mejora o liberación de su vivienda; o pago de matrícula y pensiones (suyas, de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de alguno de sus hijos) en un establecimiento educativo debidamente aprobado.

Desde 1975, los intereses sobre la cesantía se vienen liquidando el 31 de diciembre. Por lo tanto, la liquidación de los mismos solamente se debe realizar respecto al año en que el contrato de trabajo se termine por cualquier causa. Si a un trabajador no se le ha hecho liquidación de intereses durante varios años, es necesario averiguar el valor del auxilio de cesantía año por año y liquidarle los intereses, teniendo en cuenta que si no se pagaron en el término establecido por la Ley 52/75, como sanción al empleador, por su omisión o descuido, deben pagarse doblemente.

$$\text{Intereses sobre la cesantía} = \frac{\text{cesantía x tiempo de servicio x } 0.12}{360}$$

Un ejemplo de liquidación del auxilio de cesantía e intereses puede ser el caso de una trabajadora vinculada al servicio de un empleador, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desde el día 21 de agosto de 1985 hasta el 30 de mayo de 2016, día en que se retira voluntariamente. Para ese momento está ganando $900.000 mensuales. Nunca se acogió a la Ley 50/90. ¿Cuál es el valor del auxilio de cesantía? ¿Cuál el valor de los intereses sobre la cesantía?

Se empieza por averiguar el tiempo de servicio:

2016	5	30
1985	5	21
30	9	09+1

Entonces, la trabajadora laboró 30 años, 9 meses y 10 días. En otros términos, da un total de 11.080 días. Ahora bien, se averigua el salario:

Salario básico:	$900.000
Auxilio de transporte:	$ 77.700
Salario base de liquidación:	$977.700

Se aplica la fórmula del auxilio de cesantía:

$$\text{Cesantía} = \frac{\$977.700 \text{ X } 11.080}{360} = \$30'091.433$$

$$\text{Intereses} = \frac{\$\ 30'091.433 \text{ X } 150.012}{360} = \$1'504.572$$

Ahora bien, se puede aplicar este principio a un trabajador por días, el cual ha laborado al servicio de un empleador, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desde el día 1 de julio de 2015 hasta el día 15 de junio de 2016, durante los viernes, sábados y domingos. Se retira en forma voluntaria cuando está devengando $38.000 diarios. ¿Cuál es el valor de su auxilio de cesantía y el de sus intereses?

Se busca primero el salario promedio, de la siguiente manera:

$ 38.000	X	3	=	$ 114.000
$114.000	÷	6	=	$ 19.000
$2.590	X	3	=	$ 7.770
Valor semana			=	$ 140.770

$$\text{Salario promedio mensual} = \frac{140.770 \text{ X } 52}{12} = \$610.003$$

$$\text{Cesantía} = \frac{\$\ 610.003 \text{ X } 165}{360} = \$279.585$$

$$\text{Intereses} = \frac{\$279.585 \text{ X } 11.080}{360} = \$15.377$$

En este caso, el auxilio de cesantía del 1 de julio al 30 de diciembre de 2015 debió liquidarse y consignarse en un Fondo Administrador de Cesantía a más tardar el 14 de febrero de 2016. Los intereses por este lapso debieron pagársele al trabajador a más tardar el 31 de enero de 2016.

Prima de servicios

Esta prestación social está consagrada en el artículo 306 del C.S.T. y su naturaleza jurídica consiste en que equivale a un reparto de utilidades, con más precisión, a 30 días de salario pagados de la siguiente forma: 15 días de salario a más tardar el 30 de junio, a quienes hubieren laborado el primer semestre completo o en forma proporcional por cualquier tiempo trabajado, y 15 días de salario a más tardar el 20 de diciembre, a quienes hubieren trabajado el semestre completo o en forma proporcional por cualquier tiempo laborado.

Tienen derecho a ella todos los trabajadores, incluyendo los trabajadores del servicio doméstico, a quienes se les reconoció esta prestación mediante la Ley 1788 de 2016.

La liquidación de esta prestación social, cuando el trabajador devenga un salario básico y sin modificaciones de ninguna naturaleza, es sencilla: se cancela la mitad del salario en junio y la mitad del salario en diciembre. Si se trata de la prima proporcional, basta utilizar una regla de tres simple.

Por ejemplo, un trabajador labora al servicio de un empleador desde el 1 de enero de 2017 y se retira voluntariamente el día 27 de septiembre del mismo año. Su salario durante este periodo fue de $2’400.000 mensuales. El día 30 de junio de 2016 se le pagó por concepto de prima de servicios la suma de $1’200.000. La prima por el lapso comprendido entre el 1 de julio y el 27 de septiembre, es decir, por 87 días, se liquida mediante una regla de tres simple:

Si por 180 días le pagaron $1’200.000
Por 87 días ¿cuánto le pagarán? X

$$\frac{\$\ 1'200.000 \text{ X } 87}{180} = \$580.000$$

Teniendo en cuenta que en la liquidación de la prima de servicios deben incluirse todos aquellos pagos que constituyan salario, la dificultad en ella surge cuando el trabajador devenga un salario variable o recibe pagos adicionales por parte del empleador durante el semestre, tales como auxilio de transporte, valor del tiempo suplementario o de las horas extras, recargo nocturno, valor de los días compensatorios y bonificaciones, primas y sobresueldos habituales, etc. Esto se resuelve aplicando para su liquidación la siguiente fórmula:

$$\text{Prima de servicio} = \frac{\text{devengos}}{12}$$

Otro ejemplo es el de un trabajador que se vincula a una empresa en calidad de vendedor el día 1 de enero de 2017. Su remuneración está representada en el 5% de comisiones sobre el valor de las ventas realizadas. Durante el primer semestre de ese año, es decir, entre el 1 de enero y el 30 de junio de 2017, recibe por concepto de comisiones el valor de 14’978.564,50. El valor de la prima de servicios de este servidor, será:

$$\text{Prima de servicio} = \frac{14’978.564,50}{12} = \$1’248.214$$

Suponiendo que este trabajador se retire voluntariamente el 25 de septiembre de 2017 y que entre el 1 de julio y esta fecha haya recibido por concepto de comisiones la suma de $8’967,453, el valor de su prima proporcional será:

$$\text{Prima proporcional} = \frac{8’967.453}{12} = \$747.288$$

Otro caso podría ser el de un trabajador que se vincula al servicio de un empleador en calidad de vendedor el día 1 de enero de 2017. Su remuneración está integrada de la siguiente forma: un 7% de comisiones sobre ventas y un básico de $ 900.000 mensuales. Con fecha de 27 de mayo de 2017 se retira voluntariamente. En comisiones, durante ese lapso de tiempo, devengó un total de $15’789.457

y como salario básico recibió $4’410.000. La suma de estas dos cantidades da $20’199.457. Así, el valor de la prima proporcional será:

$$\text{Prima proporcional} = \frac{20'199.457}{12} = \$1'683.288$$

Es importante recordar que un trabajador, cuya remuneración está constituida por comisiones o porcentajes o por comisiones y salario básico, no puede, si está sujeto a la jornada máxima legal, en ningún mes, devengar menos del salario mínimo legal mensual vigente. De ocurrir así, el empleador está en la obligación de ajustarle el salario en ese mes, con el fin de liquidarle al trabajador cualquier prestación social.

Para dar un último ejemplo, un trabajador prestó sus servicios a un empleador los días lunes y martes de cada semana, desde el día 1 de enero de 2016 hasta el 18 de mayo del mismo año, fecha en la cual se retira voluntariamente. Siempre devengó la suma de $37.500 diarios. Para liquidar el valor de su prima proporcional de servicios se debe averiguar primero cuánto devengaba por día:

Valor salario	$37.500
Domingo en forma proporcional	$6.250
Auxilio de transporte	$2.590
	$46.340

Ahora, se indaga cuántos lunes y martes existen en el lapso comprendido entre el 1 de enero y el 18 de mayo de 2016, encontrando 40 días, cifra por la cual se multiplica el valor devengado en un día, así:

$46.340 X 40 = $ 1’853.600.

Finalmente se liquida la prima proporcional:

$$\text{Prima proporcional} = \frac{1'853.600}{12} = \$154.467$$

Las vacaciones

Aunque las vacaciones en el sector particular no son una prestación social, sino un descanso remunerado, se acostumbra incluirlas en toda liquidación de

prestaciones sociales. El artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo nos informa que:

> 1. Los trabajadores que hubieren prestado sus servicios durante un (1) año, tienen derecho a quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas.
>
> 2. Los profesionales y ayudantes que trabajan en establecimientos privados dedicados a la lucha contra la tuberculosis, y los ocupados en la aplicación de rayos X, tienen derecho a gozar de quince (15) días de vacaciones remuneradas por cada seis (6) meses de servicios prestados.

Las vacaciones a las cuales tiene derecho el trabajador se conceden en días hábiles, por lo tanto, junto a los 15 días hábiles que se le otorgan, se le deben pagar también los dominicales y festivos comprendidos entre el día en que sale a disfrutarlas y el día en que se incorpora a sus labores.

El objeto de las vacaciones es el de procurar un descanso al trabajador, quien después de algún tiempo de labores clínicamente presenta cansancio, no solamente físico sino también mental. Aunque los períodos vacacionales se pueden acumular, los funcionarios de dirección, confianza o manejo y los extranjeros, pueden hacerlo hasta por 4 períodos y los trabajadores comunes hasta por 2 períodos. Esto laboralmente no es lo más aconsejable para conservar un ambiente de inmejorables condiciones saludables en todos los trabajadores.

No obstante lo anterior, se presentan muchas circunstancias en las que el trabajador no puede disfrutar de sus vacaciones, bien sea por la especial condición de sus actividades o por no alcanzar a completar el tiempo requerido para disfrutar del descanso remunerado. Por esta razón, es necesario liquidar sus vacaciones y cancelarlas en dinero, para lo que se debe tener en cuenta lo siguiente: a) las vacaciones reconocidas y pagadas en dinero son solamente 15 días calendario; b) las vacaciones se liquidan con el salario que el trabajador tiene en el momento en que va a salir a disfrutarlas o en el momento en que se le van a pagar en dinero; c) cuando el trabajador tiene derecho al auxilio de transporte, el valor que recibe por este concepto no se suma al salario para liquidar las vacaciones, en cuanto estas no son una prestación social en el sector particular. La fórmula para liquidar las vacaciones es la siguiente:

$$\text{Vacaciones} = \frac{\text{salario x tiempo de servicio}}{720}$$

Para practicarla se darán 2 ejemplos. En el primero, un trabajador laboró al servicio de un empleador, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, a partir del 16 de abril de 2015 hasta el 27 de agosto de 2016, día en que se retiró voluntariamente. Para ese momento estaba devengando $900.000 mensuales. Nunca disfrutó de vacaciones y, por lo tanto, se le deben liquidar, junto con las demás prestaciones sociales, de la siguiente manera:

$$\text{Cesantía} = \frac{\$977.700 \text{ X } 237}{360} = \$643.652{,}50$$

$$\text{Intereses} = \frac{\$643.652{,}50 \text{ X } 237 \text{ X } 0.72}{360} = \$50.848{,}50$$

$$\text{Prima proporcional} = \frac{\$\ 1'857.630}{12} = \$154.802{,}50$$

$$\text{Vacaciones} = \frac{\$900.000 \text{ X } 492}{720} = \$615.000$$

En este caso, para liquidar la prima en forma proporcional, se dividen $977.700 (sueldo más auxilio de transporte) entre 30 días, dando como resultado $32.590 diarios. Este valor se multiplica por 57 días, que es el tiempo existente entre el 1 de julio y el 27 de agosto, y se liquidan las vacaciones por el período de 360 días y la fracción de 132 días.

En un segundo ejemplo, un trabajador labora al servicio de un empleador únicamente los días lunes, miércoles y viernes de cada semana, entre el 1 de enero y el 25 de junio de 2016, devengando $36.000 diarios. Solicitan liquidarle únicamente las vacaciones, para lo que se averigua cuál es el salario promedio mensual, sin tener en cuenta el auxilio de transporte, así:

Valor salario	$36.000 X 3	=	$108.000
Domingo en forma proporcional	$108.000 ÷ 6	=	$18.000
Valor de la semana		=	$126.000

$$\text{Salario promedio mensual} = \frac{\$\ 126.000 \text{ X } 52}{12} = \$546.000$$

$$\text{Vacaciones} = \frac{\$546.000 \text{ X } 175}{720} = \$132.708$$

Vale aclarar que, en este caso, se liquidan las vacaciones por la fracción de 175 días.

Indemnizaciones a cargo del empleador por terminación injusta del contrato de trabajo

El artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo contiene las indemnizaciones a las que está obligado el empleador cuando decide dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa. Esta norma ha sido objeto de tres reformas, las cuales serán explicadas a continuación.

La primera de ellas está contemplada en el artículo 8 del Decreto 2351 de 1965, la segunda en la Ley 50 de 1990 y la tercera está consagrada en la Ley 789 de 2002. Los 3 ordenamientos jurídicos son unísonos al aceptar la indemnización por terminación injusta del contrato de trabajo de obra o labor contratada y al afirmar que dicha indemnización estará dada por el valor de los salarios del tiempo que falte para terminarse la obra o la labor contratada, sin que esta, en ningún caso, sea inferior a 15 días de salario.

Las 3 reformas también están de acuerdo en establecer que cuando el empleador da por terminado el contrato de trabajo a término fijo, sin justa causa, se debe dar al trabajador una indemnización que será equivalente al valor de los salarios del tiempo que falte para vencerse el contrato o la prórroga. Por lo tanto, calcular el valor de la indemnización en estas 2 clases de contratos de trabajo no encierra mayor dificultad.

Sin embargo, las 3 reformas difieren bastante respecto a la indemnización a la que está obligado el empleador cuando se trata de la terminación injusta de un contrato de trabajo a término indefinido, en cuyo caso se debe proceder tal como se explicará en los párrafos siguientes.

El trabajador que tiene derecho a que se le aplique el artículo 8 del Decreto 2351 de 1965, necesita haber cumplido 10 o más años al servicio del empleador al entrar en vigencia la Ley 50 de 1990, es decir, antes del 1 de enero de 1991, y no haberse acogido a dicha Ley. Si el empleador da por terminado un contrato de trabajo en forma unilateral y sin justa causa, tiene derecho, según el ordinal 5 del artículo 8 del Decreto 2351/65, a la acción de reintegro, la cual debe ejercer dentro de los 3 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo. Si ya transcurrió dicho término o si el trabajador lo prefiere, este puede solicitar del empleador el reconocimiento de la indemnización consistente en 45 días por el primer año y 30 días adicionales por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción de año.

Un ejemplo de esto es el caso de un trabajador que se vinculó al servicio de un empleador, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, a partir del día 17 de octubre de 1979 y que es despedido sin justa causa el día 30 de abril de 2016. Nunca se acogió a la Ley 50 de 1990 y siempre devengó el salario mínimo legal mensual vigente. Se solicita liquidar su indemnización por el despido injusto, para lo cual se procede primero averiguando el tiempo de servicio. Esto se hace mediante una resta en la cual el minuendo será la fecha de retiro y el sustraendo la fecha de ingreso, agregando un (1) día:

2016	4	30
1985	10	17
36	6	13+1

Esto da como resultado que el trabajador laboró 36 años, 6 meses y 14 días, a lo cual se le aplica el artículo 8 del Decreto 2351/65:

Por el primer año: 45 días

Por los 35 años restantes a razón de 30 días por c/u: 1050 días

Y por la fracción de 194 días, se enuncia la siguiente regla de tres:

Si por 360 días tiene derecho a _____30 días de indemnización

Por 194 días _____ ¿a cuánto tiene derecho?

Tiene derecho a 16 días.

En total, el trabajador tiene derecho a 1.111 días de indemnización, a razón del salario mínimo diario del 2016, el cual corresponde a $22.982, para un total de 1.111 X 22.982 = $25’533.002.

Según lo establece el artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo, en el evento de que el trabajador tuviere un salario variable o le hubiere variado en los últimos 3 meses y, además, en cuanto no se hubiere acogido a la Ley 50/90, el salario con el cual se le debe liquidar la indemnización es el correspondiente al salario promedio diario de lo devengado en el último año de servicios.

La Ley 50 de 1990, que contiene la segunda reforma al artículo 64 del C.S.T., suprimió el derecho al reintegro y, a cambio, consagró como indemnización, para los trabajadores con 10 o más años de servicio que fueran despedidos sin justa causa, 45 días por el primer año y 40 días adicionales por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción de año. Esta Ley se aplica a todos los trabajadores con contrato a término indefinido que fueren despedidos sin justa causa a partir del 1 de enero de 1991 y a aquellos que llevaren menos de 10 años al servicio del empleador antes de entrar en vigencia la Ley 50/90.

Otro ejemplo es el de un trabajador que laboró al servicio de un empleador, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desde el día 21 de agosto de 1987 y que fue despedido sin justa causa el 27 de abril de 2016, mientras estaba devengando $1.500.000 mensuales. Como el trabajador llevaba menos de 10 años de servicio al empleador cuando la Ley 50/90 entró en vigencia, se le aplicará esta Ley, para efectos de calcular el valor de la indemnización, de la siguiente manera:

2016	4	27
1985	8	17
28	8	06+1

El trabajador laboró 28 años, 8 meses y 7 días.

Por el primer año le corresponden por indemnización: 45 días

Por los 27 años restantes a razón de 40 días por c/u: 1.080 días

Y por la fracción de los 247 días restantes se debe hacer la siguiente regla de tres:

Si por 360 días tiene derecho a _____ 40 días de indemnización

Por 247 días _____ ¿a cuánto tiene derecho?

Tiene derecho a 27 días.

En total son 1.152 días en razón de $50.000 = $ 57’600.000

La Ley 789 de 2002, respecto a la indemnización por la terminación injusta del contrato de trabajo a término indefinido, se aplica a todos los trabajadores con esta modalidad de contrato que sean despedidos sin justa causa a partir del día 1 de enero de 2002 y a quienes lleven menos de 10 años al servicio del empleador al entrar en vigencia la presente Ley. Esta, en cuanto a la indemnización, establece:

> a. Un trabajador con contrato de trabajo a término indefinido que sea despedido sin justa causa, a partir de la vigencia de esta ley y que devengue menos de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tendrá derecho a 30 días de salario, por concepto de indemnización, si lleva un (1) año o menos de un año al servicio del empleador. Pero si lleva más de un año al servicio del empleador tendrá derecho a 30 días por el primer año y a 20 días adicionales por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción de año.

Un tercer ejemplo es el de un trabajador con contrato de trabajo a término indefinido que fue despedido sin justa causa el día 25 de noviembre de 2016, cuando apenas llevaba 5 meses al servicio del empleador y devengaba el salario mínimo legal mensual vigente. Por llevar menos de 1 año tiene derecho a 30 días de indemnización, es decir, a $689.455.

Otro caso es el de un trabajador que laboró al servicio de un empleador, mediante un contrato a término indefinido, desde el 23 de febrero de 2005 hasta el 28 de abril de 2016, fecha en la cual fue despedido sin justa causa estando devengando $2’400.000 mensuales. Se le liquidará el valor de la indemnización de la siguiente manera:

2016	4	28
2005	2	23
11	2	05+1

El trabajador laboró 11 años, 2 meses y 6 días.

Por el primer año le corresponden por indemnización: 30 días

Por los 10 años restantes en razón de 20 días por c/u: 200 días

Y por la fracción de los 66 días restantes se aplica la siguiente regla de tres:

Si por 360 días tiene derecho a_____20 días de indemnización

Por 66 días _____¿a cuánto tiene derecho?

Tiene derecho a 4 días.

En resumen, son 234 días a razón de $80.000 = $ 18’720.000

Un empleado con contrato de trabajo a término indefinido, que sea despedido sin justa causa, a partir de la vigencia de esta Ley, y que devengue 10 o más salarios mínimos legales mensuales vigentes, tendrá a derecho a 20 días de salario, por concepto de indemnización, si lleva 1 año o menos de 1 año al servicio del empleador. Pero si lleva más de 1 año al servicio del empleador tendrá derecho a 20 días por el primer año y a 15 días adicionales por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción de año.

Un último ejemplo es el de un trabajador que prestó sus servicios a un empleador, mediante un contrato de trabajo, y fue despedido sin justa causa el día 15 de mayo de 2016, al cumplir 5 años, 8 meses y 24 días de servicio, devengando $7’500.000. ¿Cuál será el valor de su indemnización?

Como el trabajador estaba devengando más de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, tiene derecho, por concepto de indemnización, a 20 días de salario por el primer año y a 15 días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción de año, así:

Por el primer año 20 días de salario
Por los 4 años siguientes en razón de 15 días 60 días de salario
Por la fracción se aplica la siguiente regla de tres:
Si por 360 días tiene derecho a 15 días de salario
Por 264 días ¿a cuántos tendrá derecho?

Tiene derecho a 11 días de salario.

Total: 91 días en razón de $250.000 = $ 22’750.000.

Es importante anotar que cuando se trate de liquidar la indemnización por despido injusto de un trabajador por días, con contrato de trabajo a término fijo, se cuentan los días en que debía laborar hasta la terminación del contrato. Pero si el contrato era a término indefinido, se cuentan los días que laboró y si estos dan 360 días o menos, se le pagarán como indemnización 30 días de salario, en caso de que ganara menos de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si el número de días laborados da más de 360, se le pagarán 30 días por el primer año y 20 días por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción de año. Si el trabajador devengaba más de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes y si laboró 360 días o menos, tendrá derecho a que se

le paguen, por concepto de indemnización, 20 días de salario. Pero si laboró más de 360 días, tendrá derecho a 20 días de salario por el primer año y a 15 días de salario por cada uno de los años subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción de año.

Conclusiones

Este capítulo estuvo dirigido a estudiantes de Derecho, abogados, contadores públicos, ingenieros industriales, administradores de empresas y a todas aquellas personas que se ocupen del manejo de personal y de todas las circunstancias que entrañan la liquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo por parte del empleador. Aquí encontraron las nociones de lo que constituye y no constituye salario, de lo que es el salario mínimo legal mensual vigente, el salario mínimo legal convencional y el salario integral, aplicables al manejo de nómina y a pagos que, en general, deban hacerse a los trabajadores. También fue incluido el procedimiento que debe seguirse cuando el trabajador devengue comisiones o porcentajes sobre ventas, acorde con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Los interesados en esta materia aprendieron, a través de esta entrega, a liquidar el auxilio de cesantía en ambos sistemas: el anterior a la Ley 50 de 1990, llamado también de la "retroactividad", y el establecido por esta Ley. De igual manera, tuvieron acceso una herramienta adecuada para cualquier liquidación en la cual el salario del trabajador esté integrado únicamente por comisiones o porcentajes sobre ventas o por comisiones y salario básico.

Se procuró presentar ejemplos sencillos y pedagógicos relacionados con la liquidación del auxilio e intereses de cesantía, de la prima de servicios y de las indemnizaciones por terminación injusta del contrato de trabajo por parte del empleador. De esta manera, quien se encuentre encargado de estas actividades, ya sea como profesional independiente, catedrático o al servicio de un empleador, puede entenderlas con facilidad.

Un tema importante en este capítulo, que es difícil de encontrar en cualquier otra publicación, es el relacionado con la liquidación de los devengos y de las prestaciones sociales de un trabajador por días. La mayoría de las personas ignora

que un trabajador que labore 1, 2 o 3 días a la semana tiene derecho, no solamente al pago del día domingo en forma proporcional, sino también al valor del auxilio de transporte por el día o los días laborados y que este trabajador tiene derecho, además, al auxilio e intereses de cesantía, prima de servicios y vacaciones en forma proporcional. Aquí fueron transcritos y enseñados de forma sencilla todos estos temas.

Bibliografía

Cadavid Gómez, Ignacio y Eraclio Arena Gallego. *Cartilla del Trabajo***,** 4ta ed. Medellín: Editorial Universidad de Medellín, 2009.

Cristancho Parra, Leopoldo. *Liquidación de prestaciones. Guías y modelos.* Ed. Librería del Profesional, 2000.

Gamboa Jiménez, Jorge. *Código laboral comentado.* Bogotá: Ed. Leyer, 2006.

Herrera Vergara, Hernando, Gildardo Arenas Monsalve y Fernando Afanador Núñez. *Código Sustantivo del Trabajo. Análisis histórico crítico.* Ed. Legis, 2000.

Isaza Cadavid, Germán. *Práctica Laboral*, 2da ed. Bogotá: Ed. Leyer, 1996.

Régimen Laboral Colombiano. Ed. Legis, 2006.

Valdés Sánchez, Germán. *Comentarios al derecho laboral individual.* 1984.

EL DEBIDO PROCESO DISCIPLINARIO LABORAL

5

Juan Diego Montenegro Timón

Introducción

La facultad disciplinaria del empleador encuentra su fundamento jurídico en el elemento de subordinación, propio de las relaciones laborales, y en el correspondiente deber de obediencia impuesto al trabajador en el desarrollo de su labor, teniendo como finalidad el mantenimiento del orden en la empresa y la disciplina en el trabajo.

En el ámbito de las relaciones laborales, el ordenamiento jurídico colombiano impone determinadas limitaciones a la forma como el empleador puede dar por terminado, con justa causa, el contrato de trabajo, sometiendo dicha facultad no solo a las causales que puede este alegar, sino además a la forma en que se debe llevar a cabo el despido.

A su vez, de conformidad con lo establecido en el artículo 115 del Código Sustantivo del Trabajo, no produce efecto alguno la sanción disciplinaria que imponga un empleador sin previamente haber dado la oportunidad de ser oídos, tanto al trabajador inculpado, como a dos representantes del sindicato al que este pertenezca. Al respecto, la redacción de esta norma ha generado múltiples interpretaciones sobre el alcance de la misma e incluso sobre su constitucionalidad, discusión que se ha traducido en un tema de debate recurrente en los estrados

judiciales, especialmente cuando la Litis versa sobre la legalidad del despido o de la imposición de una sanción.

En ese sentido se plantea aquí la hipótesis de que las referencias normativas directas a nivel legal sobre el proceso disciplinario laboral tienen la característica de ser generales y poco precisas, circunstancia que aunada a su íntima relación con el derecho fundamental constitucional al debido proceso, ha requerido un amplio desarrollo por parte de la jurisprudencia de las Altas Cortes.

En el ámbito laboral, el régimen disciplinario y sancionatorio, si bien se enmarca dentro del Derecho Laboral, toma para sí elementos propios del Derecho Procesal y del Derecho Disciplinario, atendiendo a la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la finalidad de las sanciones, los sujetos procesados y los efectos jurídicos que se derivan.

Teniendo en cuenta lo anterior, se busca resolver los siguientes problemas jurídicos: las garantías que consagra el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en relación con el debido proceso, ¿se aplican para el procedimiento disciplinario laboral? ¿Se diferencia el procedimiento dirigido a terminar un contrato de trabajo por justa causa de aquel encaminado a imponer una sanción disciplinaria?

Antecedentes

La terminación de un contrato de trabajo por justa causa y la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias por parte del empleador al trabajador, obedecen a propósitos diferentes: "mientras la primera es una potestad que las dos partes tienen para desligar el vínculo jurídico que las une, las facultades disciplinarias corresponden únicamente al empleador como tal, en virtud de su poder de subordinación y tienen como finalidad corregir ciertas conductas del trabajador".[60]

La Corte Constitucional ha sostenido reiteradamente que la terminación unilateral del contrato es una facultad que tienen tanto el empleador como el trabajador, es decir, cualquiera de las partes puede extinguir unilateralmente la

60 Corte Constitucional, Sentencia T-1755 de 2000, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; Sentencia T-385 de 2006, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández y Sentencia T-1103-02, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

convención pactada cuando la otra ha incumplido determinadas obligaciones.[61] No obstante, dada la relación de subordinación en que se encuentra el trabajador respecto al empleador, cuando es el empleador quien decide terminar unilateralmente el contrato de trabajo con justa causa, lo debe hacer a través de un debido proceso mínimo, como garantía de los derechos del trabajador.[62]

En ese sentido, es claro que la terminación del contrato de trabajo por justa causa, si bien no tiene una naturaleza disciplinaria, debe garantizar un debido proceso cuando es el empleador quien la lleva a cabo, tal como ocurre con el procedimiento tendiente a imponer una sanción.

Así, se debe tener en cuenta que el despido no es una sanción disciplinaria, sino una forma de terminación del contrato de trabajo, al tenor de lo dispuesto en el literal h del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo.

Uno de los principales derroteros en el régimen disciplinario y sancionatorio laboral ha sido la determinación de los requisitos mínimos que debe cumplir el empleador para que, en ejercicio de la facultad de subordinación, pueda sancionar legalmente a un trabajador. A partir del análisis del desarrollo de las diferentes posturas al respecto, se puede identificar que el debate jurídico se ha centrado en definir la aplicación o no, en estas actuaciones, del derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, el cual reza:

> El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
>
> Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
>
> En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
>
> Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un

61 Corte Constitucional, Sentencia SU-250 de 1998, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero; Sentencia T-546 de 2000, MP: Vladimiro Naranjo Mesa; Sentencia T-1755 de 2000, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz y Sentencia T-1103-02, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

62 Corte constitucional, Sentencia T-461 de 1998, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra; Sentencia T-476 de 1998, Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz; y Sentencia T-605 de 1999, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

> debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
>
> Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.

Dicho debate se puede ilustrar en sede de control concreto de constitucionalidad, es decir, en providencias tipo T, originadas en Acciones de Tutela, en las cuales la Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de analizar ampliamente el alcance del debido proceso, específicamente en el ámbito laboral, existiendo principalmente 2 tesis que se evidencian en la *ratio decidendi* de las sentencias que se señalan a continuación:

Tabla 1. Alcance del debido proceso en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

Año	Tesis Restrictiva	Tesis Amplia
	El derecho al debido proceso tiene cabida únicamente en procedimientos que sigan las autoridades administrativas o judiciales y solo excepcionalmente en las actuaciones de los particulares.	En todos los campos donde se haga uso de la facultad disciplinaria, deben ser observados los requisitos o formalidades mínimas que integran el debido proceso, incluyendo a los particulares que se arrogan esta facultad.
1998		T-433 de 1998
1999		T-170 de 1999
		T-470 de 1999
		T-605 de 1999
2000		T-944 de 2000
2001	C-555 de 2001	T-1263 de 2001
2002		
2003		T-772 de 2003
2004		
2005		T-769 de 2005
2006	T-385 de 2006	T-917 de 2006
2007		
2008		
2009		
2010		T-083 de 2010
2011	T-075A de 2011	
2012		
2013		
2014		C-593-14

Nota. Elaboración propia.

Así, los primeros fallos de la Corte Constitucional al respecto sostienen que el hecho de que el artículo 29 de la Constitución estableciera que el debido proceso se debe aplicar a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, implica que "en todos los campos donde se haga uso de la facultad disciplinaria, entiéndase esta como la prerrogativa de un sujeto para imponer sanciones o castigos, deben ser observados los requisitos o formalidades mínimas que integran el debido proceso".[63] Es decir, que este no solo involucra u obliga a las autoridades públicas, en el sentido amplio de este término, sino a los particulares que se arrogan esta facultad como una forma de mantener un principio de orden al interior de sus organizaciones.[64] De igual manera, la Corte manifestó que

> la garantía del debido proceso ha sido establecida en favor de la persona, de toda persona, cuya dignidad exige que, si se deducen en su contra consecuencias negativas derivadas del ordenamiento jurídico, tiene derecho a que su juicio se adelante según reglas predeterminadas, por el tribunal o autoridad competente y con todas las posibilidades de defensa y de contradicción, habiendo sido oído el acusado y examinadas y evaluadas las pruebas que obran en su contra y también las que constan en su favor.[65]

Asimismo, rechazando la interpretación según la cual dicha garantía pudiera ser exigible únicamente al Estado, la Corte señaló que

> también los particulares, cuando se hallen en posibilidad de aplicar sanciones o castigos, están obligados por la Constitución a observar las reglas del debido proceso, y es un derecho fundamental de la persona procesada la de que, en su integridad, los fundamentos y postulados que a esa garantía corresponden le sean aplicados.[66]

En este sentido, la garantía constitucional del debido proceso, en cuya virtud se exige la preexistencia de la norma en que haya sido contemplado el hecho que se imputa, es plenamente aplicable a los procesos internos que tramitan las

63 Corte Constitucional, Sentencia T-433 de 1998, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra y Sentencia T-083 de 2010, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

64 Corte Constitucional, Sentencia T-433 de 1998, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra y Sentencia T-083 de 2010, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

65 Corte Constitucional, Sentencia T-470 de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia T-944 de 2000, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero y Sentencia T-769 de 2005, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

66 Corte Constitucional, Sentencia T-470 de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo; Sentencia T-944 de 2000, Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero y Sentencia T-769 de 2005, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

empresas, cuando se trata de imponer sanciones a sus trabajadores, por lo cual "crear" faltas para cada caso, sin disposición anterior que las haya previsto, constituye una ostensible vulneración de ese derecho fundamental.[67]

No obstante, en los primeros años del siglo XXI, la Corte Constitucional, mediante Sentencia, señaló que la aplicación del debido proceso, en los términos del precitado artículo 29 de la Constitución Política, siempre estaba supeditada a la existencia de un proceso judicial o administrativo. De igual manera, planteó que los particulares son responsables únicamente por infringir la Constitución y las leyes, y solo de manera excepcional, cuando cumplen funciones públicas, quedando sometidos al estricto régimen derivado del principio de legalidad, en los mismos términos de los servidores públicos. Así lo recogió la Corte en Sentencia T-385 de 2006:

> Es necesario resaltar que la aplicación del derecho al debido proceso siempre presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, de conformidad con lo establecido por el artículo 29 de la Constitución. Esto es apenas obvio, pues el debido proceso es un corolario del principio de legalidad, y, según éste, las autoridades estatales, como tales, deben limitar su actividad a aquello que la ley les permite hacer.
>
> A contrario sensu, los particulares, de conformidad con el artículo 6º de la Carta, son responsables únicamente por infringir la Constitución y las leyes y sólo de manera excepcional, cuando cumplen funciones públicas, quedan sometidos al estricto régimen derivado del principio de legalidad, en los mismos términos de los servidores públicos. Por ello, como regla general, el derecho al debido proceso tiene cabida, únicamente, en procedimientos que sigan las autoridades administrativas o judiciales, y sólo excepcionalmente en las actuaciones de los particulares.

Sin embargo, en dicha oportunidad la Corte reconoció que algunas de las garantías concretas que componen el contenido del derecho al debido proceso tienen cabida en las actuaciones de los particulares, entre ellas la presunción de inocencia, la buena fe y el deber de lealtad, las cuales pueden llegar a constituir, en algunos casos, obligaciones jurídicamente exigibles de los particulares, sin que para ello sea necesario que su actuación se ubique dentro de un procedimiento judicial o administrativo.

Por otra parte, en la Sentencia T-075A de 2011, la Corte adujo que la aplicación del debido proceso supone la existencia de un procedimiento judicial o

67 Corte Constitucional, Sentencia T-170 de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

administrativo, pero que algunas de las garantías que se derivan de este derecho se aplican al ámbito de las relaciones laborales particulares, entre las cuales se encuentra la obligación del empleador de indicar los motivos por los cuales se imponen sanciones sujetas al Reglamento Interno.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las garantías judiciales mínimas, consagradas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos[68], no solo son aplicables a los recursos judiciales en sentido estricto, sino también al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales. Esto, con efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.[69]

68 La Organización de Estados Americanos –OEA-, en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José), señala las siguientes garantías:

> 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
>
> 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
>
> a. derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
> b. comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;
> c. concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
> d. derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
> e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
> f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
> g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
>
> 3.La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
>
> 4.El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
>
> 5.El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ivcher Bronstein contra Perú, Sentencia del 6 de febrero de 2001.

Principios que rigen el debido proceso disciplinario laboral

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado[70] que deben considerarse como garantías constitucionales, que presiden la potestad sancionadora de la administración y el procedimiento administrativo que se adelanta para ejercerla, los siguientes principios: el de la presunción de inocencia y el de *in dubio pro reo*; los derechos de contradicción y de controversia de las pruebas; el principio de imparcialidad; el principio *nulla poena sine lege*; la prohibición contenida en la fórmula *non bis in ídem*; el principio de la cosa juzgada; entre otros.

Respecto al debido proceso, la Corte ha señalado que este se traduce en la garantía que debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer, legítimamente a los sujetos, cargas, castigos o sanciones. De este se desprende, además, el derecho a pedir y a controvertir las pruebas, a ejercer con plenitud el derecho de defensa, a impugnar las decisiones y, en fin, a gozar de todas las garantías establecidas en su beneficio.[71]

Dicha interpretación, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, se aviene a la consagración de derechos fundamentales que hace la Constitución Política de Colombia, los cuales, en este caso, constituyen obligaciones especiales del patrono respecto a sus empleados. Dentro de estos se encuentran, además del debido proceso, el respeto por la dignidad del trabajador (C.P. art. 25) y, en tal medida, por su buen nombre (C.P. art. 15) y por su honra (C.P. art. 21).

El derecho fundamental al debido proceso debe ser garantizado y respetado en toda actuación judicial o administrativa, sin perjuicio del carácter público o privado de las partes involucradas.[72] Su contenido está definido, entre otros, por los principios a los que se aludirá a continuación.

Legalidad

Ordena que las conductas prohibidas, las sanciones aplicables, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición estén

70 Corte Constitucional, Sentencia C-555 de 2001, Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

71 Corte Constitucional, Sentencia C-593 de 2014, Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

72 Corte Constitucional, Sentencia T-276 de 2014, Magistrada ponente: María Victoria Calle Correa.

definidos en un instrumento normativo, previo a la comisión de los hechos cuyo juicio se pretende adelantar. Se ocupa del aspecto formal y temporal, es decir, que no haya sanción sin norma anterior.[73]

Tipicidad

Establece que las infracciones y las sanciones aplicables, y la correlación que debe haber entre las unas y las otras, deben estar descritas de forma clara, expresa e inequívoca.[74] Este principio trata sobre el nivel de claridad que debe haber en: a) el grado de culpabilidad del agente (si actuó con o sin intención); b) la gravedad de su conducta (si por su naturaleza debe ser calificada como leve, grave o gravísima); y c) la graduación de la respectiva sanción (mínima, media o máxima, según la intensidad del comportamiento).[75]

Este principio dictamina los parámetros sustanciales mínimos que debe revestir la norma descrita, para así evitar la restricción injusta de los derechos del sujeto disciplinado, es decir, impedir la posibilidad de que sea sancionado por normas tan amplias, ambiguas u oscuras que le impidan saber si actuaba correcta o incorrectamente.

De esta manera, la interrelación de estos dos principios busca ofrecer seguridad jurídica, informando al sujeto sobre las consecuencias de sus actos antes de que los realice. Así mismo, intenta homogenizar las decisiones que tome la autoridad competente, restringiendo la arbitrariedad judicial o administrativa en la amonestación de las prácticas prohibidas. Finalmente, tiene como objetivo asegurar la igualdad de trato hacia todos aquellos que han incurrido en la misma conducta.[76]

73 Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2005, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil; AV. Jaime Araujo Rentería y Sentencia C-030 de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva; AV. María Victoria Calle Correa.

74 Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2005, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil; AV. Jaime Araujo Rentería y Sentencia C-030 de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva; AV. María Victoria Calle Correa.

75 Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2005, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil; AV. Jaime Araujo Rentería y Sentencia C-030 de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva; AV. María Victoria Calle Correa.

76 Corte Constitucional, Sentencia C-530 de 2003, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett; Sentencia C-818 de 2005, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil; AV. Jaime Araujo Rentería y Sentencia C-030 de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva; AV. María Victoria Calle Correa.

La Corte Constitucional, a partir de las características propias del Derecho Disciplinario[77], ha reconocido la posibilidad de adoptar faltas disciplinarias laborales que consagren tipos abiertos o conceptos jurídicos indeterminados, siempre y cuando la forma típica tenga un carácter determinable al momento de su aplicación.[78]

En ese sentido, el concepto jurídico de "tipos abiertos" hace alusión a aquellas infracciones disciplinarias que, para evitar la trascripción de todas las obligaciones y prohibiciones de los sujetos disciplinados en las faltas disciplinarias, hacen una remisión a estas últimas bajo la forma de "todo aquel que incumpla con las obligaciones descritas en A, incurriría en B".[79] Así, una sanción disciplinaria de tipo abierto es aquella según la cual se considera como falta la violación de los deberes especiales del trabajador. A quien falla, por su parte, le corresponde hacer una lectura sistemática del instrumento normativo, integrando en el análisis no solo la norma que establece la falta, sino, además, las normas complementarias a las que esta alude.[80]

A su vez, dentro de los "conceptos jurídicos indeterminados" se incluyen conceptos de valor o de experiencia que, a pesar de no contar con un enunciado que defina claramente sus límites, deben poder ser precisados en el caso concreto, a la luz de los valores, los principios y las reglas de Derecho.[81] Lo anterior, para

77 En Sentencia T-276 de 2014, Magistrado Ponente: María Victoria Calle Correa, la Corte Constitucional señaló:

> Atendiendo las diferencias en la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados, la finalidad de las sanciones, los sujetos procesados y los efectos jurídicos que se producen en la comunidad, el principio de legalidad y, especialmente, el de tipicidad, se desarrollan de una manera más flexible en materia disciplinaria que penal. Por esta razón, teniendo en cuenta que el derecho disciplinario carece de completud y autonomía, se exige menor precisión en la definición de las conductas y, consecuentemente, se otorga mayor amplitud a quien falla para adelantar el proceso de adecuación típica de estas (determinar si la norma es o no aplicable al caso concreto según los hechos probados). Por último y en relación con la menor precisión, se admite la adopción de faltas disciplinarias que consagren tipos abiertos o conceptos jurídicos indeterminados.

78 Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2005 Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil; AV. Jaime Araujo Rentería y Sentencia C-030 de 2012 Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva; AV. María Victoria Calle Correa.

79 Corte Constitucional, Sentencia C-404 de 2001, Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra; Sentencia C-948 de 2002, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis; Sentencia C-762 de 2009, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez; y Sentencia C-030 de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, AV. María Victoria Calle Correa.

80 Corte Constitucional, Sentencia T-276-14, María Victoria Calle Correa.

81 Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 2002, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-818 de 2005, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, AV. Jaime Araujo Rentería; y Sentencia C-030 de 2012, Magistrado

garantizar que su aplicación no responda a apreciaciones discrecionales de quien falla, sino, por el contrario, a la interpretación respectiva que ofrece la órbita legal y constitucional y que, consecuentemente, debe llevar a quien toma la decisión a una única respuesta.[82]

Para garantizar esto, las disposiciones sancionatorias adicionales a aquellas contempladas en la Ley, que se estipulen en los contratos individuales de trabajo o en el Reglamento Interno de Trabajo, deben contar con criterios objetivos que permitan complementar o concretar las normas disciplinarias de manera razonable y proporcionada.[83] De lo contrario, se desconocería el principio de legalidad, pues la definición del comportamiento prohibido quedaría abandonada a la discrecionalidad de quien juzga, violando consecuentemente el derecho fundamental al debido proceso.[84]

El derecho a la defensa

Es indispensable que al inculpado se le formulen, con toda claridad, los cargos que contra él pesan, proporcionándole información acerca de los documentos y pruebas en que se sustentan. Así se le da la oportunidad de rendir descargos y de solicitar la práctica de pruebas que pretenda hacer valer para desvirtuar las recogidas en su contra.[85]

Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, AV. María Victoria Calle Correa.

82 Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 2002, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil; Sentencia C-818 de 2005, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil, AV. Jaime Araujo Rentería; y Sentencia C-030 de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, AV. María Victoria Calle Correa.

83 Corte Constitucional, Sentencia C-530 de 2003, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett; Sentencia C-406 de 2004, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia C- 762 de 2009, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez; y Sentencia C-030 de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, AV. María Victoria Calle Correa.

84 Corte Constitucional, Sentencia C-530 de 2003, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett; Sentencia C-406 de 2004, Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández; Sentencia C- 762 de 2009, Magistrado Ponente: Juan Carlos Henao Pérez; y Sentencia C-030 de 2012, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva, AV. María Victoria Calle Correa.

85 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de abril 19 de 1989, Expediente 692, Consejera Ponente Clara Forero de Castro; y Sentencia de junio 17 de 1994, Expediente 8053, Consejera ponente: Dolly Pedraza de Arenas.

Derecho de contradicción y de controversia de la prueba

El principio constitucional de contradicción de la prueba es una garantía que debe ser respetada en cualquier variedad de proceso judicial o administrativo. La Corte Constitucional, en Sentencia C-830 de 2002, lo señaló en los siguientes términos:

> Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento en la garantía de los derechos fundamentales de acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho de defensa o contradicción, contemplados en los Arts. 229 y 29 de la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a la jurisdicción y lograr que se cumpla la plenitud de las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de las pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la prosperidad de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales.

Los principios de la doble instancia y la imparcialidad

La doble instancia surgió ante la necesidad de preservar el principio de legalidad y de integridad en la aplicación del Derecho, ya que asegura la posibilidad de corregir los errores en que pueda incurrir el fallador en la adopción de una decisión.[86]

El principio de la doble instancia se erige en una garantía esencial para preservar el debido proceso y, además, para mantener incólume la integridad de los derechos e intereses de los trabajadores. Para esto se exige la presencia de una estructura jerárquica que permita la participación de una autoridad independiente, imparcial y de distinta categoría en la revisión de una actuación previa.

Sobre la doble instancia en el juicio disciplinario, la Corte ha sostenido que dicho principio se constituye en "una garantía suplementaria para quien es investigado disciplinariamente, puesto que quien sea sancionado puede impugnar ante el superior jerárquico la decisión".[87]

Por otro lado, el principio de la doble instancia exige la presencia de una persona autónoma, independiente, imparcial, neutral y objetiva, no solo en relación con la decisión sometida a su revisión, sino también en torno a quien la profirió.

86 Corte Constitucional, Sentencia C-401 de 2013, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

87 Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2003, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

La presunción de inocencia

La presunción de inocencia es una garantía integrante del derecho fundamental al debido proceso, reconocida en el artículo 29 de la Constitución, al tenor del cual "toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable".

De este postulado se desprende que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que solo se puede declarar responsable al acusado, al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y en el que se le haya demostrado su culpabilidad.[88]

La presunción de inocencia se constituye en regla básica sobre la prueba, de acuerdo con la cual corresponde siempre al empleador la carga de probar que una persona es responsable por acción u omisión de una falta, lo que se conoce como principio *onus probandi incumbit actori.*

En ese sentido, para que se puedan aplicar las sanciones previstas en el Reglamento Interno de Trabajo, es indispensable que se configure y establezca con certeza que el trabajador es responsable por los hechos que han dado origen al proceso disciplinario laboral.

El principio de non bis in ídem

El derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho no solo se aplica a quien está involucrado en un proceso penal, sino que, en general, rige en todo el Derecho Sancionatorio, pues el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia dispone que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Así, el *non bis in ídem* hace parte de los derechos que se entienden asociados al debido proceso.[89]

En un caso en que se acusaba una norma del Código Laboral de violar el *non bis in ídem*, por facultar al empleador para imponer multas y, al mismo tiempo, para descontar salario cuando el trabajador se ausentara injustificadamente de

88 Corte Constitucional, Sentencia C-289 de 2012, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

89 Asimismo, la Corte Constitucional, en Sentencias como la C-1265 de 2005, Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández, y la C-521 de 2009, Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa, ha manifestado de manera reiterada que los principios que regulan el Derecho Penal son aplicables, con algunas variaciones, al Derecho Disciplinario en todas sus manifestaciones, en cuanto este constituye una modalidad del Derecho Sancionatorio.

sus labores, la Corte Constitucional señaló que el principio en comento ordena al legislador a atribuirle fuerza de cosa juzgada a las soluciones definitivas de las controversias judiciales o administrativas sancionatorias y a no evitar la acumulación de dos consecuencias desfavorables que no tienen carácter de sanción.[90]

No obstante, la Corte ha considerado que una misma persona puede ser juzgada dos veces por los mismos hechos cuando la jurisdicción es diferente, dado que tales hechos son calificados como infracciones diversas por regímenes sancionadores distintos[91], precisando que "la prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando estas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades".[92]

Sanciones aplicables

El uso de un listado de medidas disciplinarias, junto con el establecimiento de un sistema de incentivos, permite al empleador contar con un instrumento que encamine sus actuaciones sin llegar a tener que aplicar la medida que resulta más extrema, que es la terminación del contrato de trabajo con justa causa, la cual puede afectar no solo al trabajador que queda cesante, sino también a la empresa que se ve igualmente afectada por los movimientos de personal y la desorganización interna que resulta de los mismos.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que con el objetivo de respetar el debido proceso, es indispensable que los entes de carácter privado fijen unas formas o parámetros mínimos que delimiten el uso de este poder y que permitan al conglomerado conocer las condiciones en que puede o ha de desarrollarse su relación con estos. Es aquí donde encuentra justificación la existencia y la exigencia que se hace de los llamados reglamentos, manuales de convivencia, estatutos, etc., en los cuales se fijan esos mínimos que garantizan los derechos al debido proceso y a la defensa de los individuos que hacen parte del ente correspondiente.[93]

90 Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 2007, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

91 Corte Constitucional, Sentencia C-870 de 2002, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

92 Corte Constitucional, Sentencia C-088 de 2002, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

93 Corte Constitucional, Sentencia T-433 de 1998, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

El Código Sustantivo del Trabajo señala que el Reglamento Interno de Trabajo debe contener, entre otras, disposiciones normativas sobre la escala de faltas y los procedimientos para su comprobación, así como sobre la escala de sanciones disciplinarias y su forma de aplicación (art. 108). También debe indicar que el empleador no puede imponer a sus trabajadores sanciones no previstas en dicho reglamento, en pacto, en convención colectiva, en fallo arbitral o en el contrato individual de trabajo (art. 114).

A su vez, el artículo 111 del mismo código establece que las sanciones disciplinarias no pueden consistir en penas corporales, ni en medidas lesivas de la dignidad del trabajador. En el artículo siguiente se señala que cuando la sanción consiste en suspensión del trabajo, esta no puede exceder 8 días la primera vez, ni 2 meses en caso de reincidencia de cualquier grado.

Es de precisar que la suspensión es un periodo durante el cual se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido y para el empleador la de pagar los salarios de ese lapso. Este último puede descontar dicho periodo al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.

Adicionalmente, de conformidad con el artículo 71 del Decreto 806 de 1998, durante la suspensión no hay lugar al pago de los aportes al Sistema General de Pensiones y al de Seguridad Social en Salud por parte del afiliado, pero sí de los correspondientes al empleador, los cuales se deben efectuar fundamentados en el último salario base reportado con anterioridad a la suspensión temporal del contrato. En el caso de suspensión disciplinaria o licencia no remunerada de los servidores públicos, no habrá lugar a pago de aportes a la seguridad social, salvo cuando se levante la suspensión y haya lugar al pago de salarios por dicho periodo.

Sobre los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, la jurisprudencia ha señalado[94] que existe una diferencia notoria entre la terminación y la suspensión del contrato de trabajo, pues la primera extingue definitivamente el vínculo jurídico entre quienes fueron empleado y empleador, mientras que la segunda deja latente aquel nexo, pero dispensa a las partes de cumplir las obligaciones primordiales que para ellas emanan de tal vínculo. Así, por un lado, el trabajador deja de prestar el servicio convenido, sin que esa actitud pueda ser calificada como

94 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 25 de noviembre de 1982.

inejecución arbitraria de sus labores y motivo justo para un despido, mientras que, por el otro, el empleador se abstiene de retribuir al trabajador, sin que esto equivalga a retención ilegítima de salarios o retardo caprichoso en satisfacerlos.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe aclarar que, dado que las obligaciones de empleados y empleadores van más allá de la prestación del servicio y del correlativo pago de la retribución, estas son las únicas obligaciones que quedan interrumpidas en cuanto transcurre el término de la suspensión, mientras que las demás permanecen inalterables, siempre y cuando no dependan estrictamente de la prestación de la labor, por ejemplo las relativas a la seguridad social (a cargo del empleador)[95] y las de fidelidad y lealtad (responsabilidad de ambas partes).

Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, enfatizando que,

> a diferencia de la terminación del contrato, la suspensión implica sólo un estado de latencia que no genera la extinción de los deberes de fidelidad y lealtad que caracterizan la relación de trabajo. No es dable imaginar que por el hecho de la suspensión del contrato, pueda el trabajador incurrir en una de las faltas que ameritan el despido, o que sea el empleador al que se le permita irrespetar o atentar contra la moral o la dignidad de su dependiente laboral. [96]

Asimismo, el Código Sustantivo del Trabajo regula expresamente que las multas como sanción disciplinaria solo puedan causarse por retrasos o faltas al trabajo sin excusa suficiente, sin que estas puedan exceder la quinta parte del salario de un día, precisando que su importe se consigne en cuenta especial dedicada exclusivamente a premios o regalos para los trabajadores del establecimiento. Estas multas pueden ser descontadas del valor de los salarios, lo que no obsta para que el empleador prescinda del pago del salario correspondiente al tiempo dejado de trabajar.

Ahora bien, resulta pertinente aclarar que, si bien es cierto que el Código Sustantivo del trabajo regula expresamente la suspensión del contrato de trabajo

95 Entre otras, la Sentencia T-170 de 1999, Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo, precisó que al empleador no le está permitido, bajo la forma de una suspensión del contrato de trabajo adoptada a título de sanción, interrumpir el vínculo asociativo del miembro de un sindicato, ni tampoco establecer una solución de continuidad en el ejercicio del cargo directivo que dentro de la respectiva asociación de trabajadores se le haya asignado.

96 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 23 de noviembre de 2010, Magistrado Ponente: Camilo Tarquino Gallego, Radicación No. 39078, Acta No. 41.

y las multas como sanciones disciplinarias aplicables, ello no significa que sean las únicas medidas a las cuales pueda recurrir el empleador.

En ese sentido, aunque en la suspensión y las multas se pueden incluir prácticamente todas las medidas legales que pueden afectar la principal contraprestación que recibe el trabajador en un típico contrato conmutativo, como es el contrato de trabajo, es cada vez más común encontrar en las expresas la inclusión de sanciones enmarcadas dentro de lo que se puede denominar exclusión de beneficios extralegales.

Por ejemplo, normalmente la amonestación o llamado de atención es una de las sanciones que se pueden imponer al trabajador frente a faltas consideradas leves, teniendo una diferenciación en el grado sancionatorio dependiendo de si se realiza de manera verbal o escrita.

Una investigación de la Organización Internacional del Trabajo -OIT- señala que otro tipo de sanciones, como el cambio de tareas, el traslado lateral, la denegación de una promoción, el retiro de un privilegio, la imposición de una restricción, la degradación (sin cambios de salarios), el cambio de horario, la denegación de trabajo en horas extraordinarias y la postergación de un incremento, son utilizadas, de manera encubierta y sin explicitar, como sanciones a faltas específicas en el contexto de decisiones de carácter administrativo u organizativo. [97]

Procedimiento para aplicar sanciones disciplinarias

Dentro del Título IV del Capítulo I del Código Sustantivo del Trabajo, que regula lo relativo al Reglamento Interno de Trabajo[98], se establece lo siguiente:

97 Organización Internacional del Trabajo -OIT-, "Reglamentos y procedimientos disciplinarios" (informe digital), https://docplayer.es/18382769-Reglas-y-procedimientos-disciplinarios-en-costa-rica-y-mexico.html

98 Código Sustantivo del Trabajo, Capítulo I, Título IV, Artículo 104. Definición. Reglamento de trabajo es el conjunto de normas que determinan las condiciones a que deben sujetarse el {empleador} y sus trabajadores en la prestación del servicio.

Artículo 105. Obligación de adoptarlo.

1. Está obligado a tener un reglamento de trabajo todo {empleador} que ocupe más de cinco (5) trabajadores de carácter permanente en empresas comerciales, o más de diez (10) en empresas industriales, o más de veinte (20) en empresas agrícolas, ganaderas o forestales.
2. En empresas mixtas, la obligación de tener un reglamento de trabajo existe cuando el {empleador} ocupe más de diez (10) trabajadores.

> ARTÍCULO 115. PROCEDIMIENTO PARA SANCIONES. <Artículo modificado por el artículo 10 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Antes de aplicarse una sanción disciplinaria al <sic> {empleador}, debe dar oportunidad de ser oídos tanto al trabajador inculpado como a dos representantes del sindicato a que este pertenezca. No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria que se imponga pretermitiendo este trámite.

La modificación del Decreto 2351 de 1965 en realidad fue una adición, en el sentido de que señala la infectividad de la sanción que se aplica cuando no se cumple con el procedimiento establecido, es decir, que si se trata de una sanción se deberán pagar los salarios dejados de percibir y, en caso de multa, los valores descontados.

Esta disposición fue objeto de acción pública de inconstitucionalidad y fue admitida mediante Auto del 30 de enero de 2014. En ella se esgrimieron cargos por trasgresión al debido proceso, pues, según el actor, el procedimiento consagrado en la disposición para la imposición de sanciones no cumplía con los requisitos mínimos para asegurar dicha garantía. Esta, tal y como lo había consagrado la jurisprudencia constitucional citada anteriormente, se aplica de igual manera para los particulares.

En dicha oportunidad, la Corte señaló que la norma atacada tenía 2 posibles interpretaciones, una contraria y otra acorde con lo consagrado en la Constitución Política de Colombia. La primera, es aquella que interpreta que el artículo 115 consagra una simple formalidad de dar la posibilidad al subordinado de ser escuchado en forma previa a la imposición de la sanción establecida en el Reglamento de Trabajo. Frente a esta interpretación de la norma, la Corte dijo que es contraria al derecho al debido proceso y a lo establecido por la jurisprudencia constitucional, en lo relacionado con la necesidad de garantizar las prerrogativas inherentes al artículo 29 de la Constitución, en el ámbito de las relaciones laborales particulares.

Contrario sensu, la norma resulta constitucional, y así lo declaró la Corte, si se interpreta que la referencia a que el trabajador debe ser oído previamente a la imposición de la sanción implica que deben respetarse las garantías propias del debido proceso, las cuales fueron anteriormente señaladas.

En ese sentido, es necesario que en el Reglamento Interno de Trabajo estén previamente definidas cada una de las etapas procesales, pues, de lo contrario, la

imposición de sanciones queda sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los implicados.

Conforme a lo anterior, la jurisprudencia constitucional[99] ha establecido el conjunto de elementos mínimos que debe contener el Reglamento Interno de Trabajo para regular el procedimiento de la imposición de las sanciones disciplinarias que en él se contemplen, como son:

1. La comunicación formal de la apertura del proceso disciplinario a la persona a quien se imputan las conductas posibles de sanción.
2. La formulación de los cargos imputados, que puede ser verbal o escrita, siempre y cuando en ella consten de manera clara y precisa las conductas, las faltas disciplinarias a que esas conductas dan lugar y la calificación provisional de las conductas como faltas disciplinarias. En este punto debe recordarse que el mismo Código Sustantivo del Trabajo dispone que tanto la conducta como su respectiva sanción deben encontrarse previamente consagradas en el Reglamento Interno del Trabajo.
3. El traslado al imputado de todas y cada una de las pruebas que fundamentan los cargos formulados.
4. La indicación de un término durante el cual el acusado pueda formular sus descargos, controvertir las pruebas en su contra y allegar las que considere necesarias para sustentar sus descargos.
5. El pronunciamiento definitivo del patrono, mediante un acto motivado y congruente.
6. La imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron.
7. La posibilidad de que el trabajador pueda controvertir, mediante los recursos pertinentes, todas y cada una de las decisiones, ya sea ante el superior jerárquico de aquel que impone la sanción, o ante la jurisdicción laboral ordinaria.

Al respecto no sobra aclarar que, de conformidad con el artículo 8 de la Ley 1010 de 2006, no constituyen acoso laboral, bajo ninguna de sus modalidades y siempre que sean justificados y fundados en criterios objetivos y no discriminatorios, los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente

99 Corte Constitucional, Sentencia T-917 de 2006, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; y Sentencia C-593-14, Magistrado ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos. Tampoco lo hacen la formulación de exigencias razonables de fidelidad laboral o lealtad empresarial e institucional, ni la formulación de circulares o memorandos de servicio encaminados a solicitar exigencias técnicas o a mejorar la eficiencia laboral y la evaluación laboral de subalternos conforme a indicadores objetivos y generales de rendimiento.

Tampoco constituyen acoso laboral las actuaciones administrativas o gestiones encaminadas a dar por terminado el contrato de trabajo, con base en una causa legal o una justa causa -prevista en el Código Sustantivo del Trabajo-, ni la exigencia de cumplir las obligaciones o deberes de los que tratan los artículos 55 a 57 de dicho código o aquellas contempladas en los reglamentos y cláusulas de los contratos de trabajo o de no incurrir en las prohibiciones de las que tratan los artículos 59 y 60 del CST.

Procedimiento para terminar un contrato de trabajo, con justa causa, por parte del empleador

La terminación unilateral del contrato es una facultad que tienen tanto el empleador como el trabajador, derivada del principio *non adimpleti contractus*, que consiste en la posibilidad que tiene una parte de la relación de extinguir una convención pactada, cuando la otra ha incumplido determinadas obligaciones.[100]

En cuanto a la forma como se debe llevar a cabo la terminación unilateral del contrato de trabajo, el empleador tiene diversas obligaciones. El parágrafo único del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo señala que la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente, no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos. En ese sentido, la primera de tales obligaciones consiste en manifestarle al trabajador los hechos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior.

Para la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, tal deber tiene dos propósitos fundamentales, "por un lado, garantizarle al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen y, por otra, impedir que los

100 Corte Constitucional, Sentencia T-385 de 2006, Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

empleadores despidan sin justa causa a sus trabajadores, alegando un motivo a posteriori, para evitar indemnizarlos".[101]

Al respecto, en Sentencia C-299 de 1998, se señala que

> la Corte Constitucional afirmó en la prenombrada sentencia, que el parágrafo del artículo 62 del C.S.T., debe ser interpretado de conformidad con el principio de la buena fe: no es suficiente que las partes se valgan de alguna de las causales enunciadas para tomar su decisión, pues es imperativo que la parte que desea poner fin a la relación exprese los hechos precisos e individuales que la provocaron. Así, la otra parte tiene la oportunidad de enterarse de los motivos que originaron el rompimiento de la relación laboral, en el momento en que se le anuncia tal determinación y, puede hacer uso de su derecho de defensa y controvertir tal decisión si está en desacuerdo.

De este modo, el derecho a la defensa extiende su ámbito de aplicación por fuera de los procedimientos administrativos y judiciales y se hace oponible a los empleadores particulares, cuando estos pretendan dar por terminado unilateralmente un contrato de trabajo por justa causa.

En concreto, esta aplicación del derecho a la defensa presupone 2 obligaciones por parte del empleador: la primera, manifestarle al trabajador los hechos por los cuales va a ser despedido y, la segunda, darle la oportunidad de controvertir las imputaciones que se le hacen.[102]

La facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo está limitada a la configuración de alguna de las causales que expresa y taxativamente están enunciadas en el Código Sustantivo del Trabajo. Así "los motivos del despido deben caracterizarse suficientemente en las causales legales o convencionales, sin que se permita su interpretación analógica o la posibilidad de alegar otras causales distintas".[103]

Por otro lado, la Corte Constitucional ha señalado que la terminación unilateral del contrato por parte del empleador, dada la relación de subordinación en que se encuentra el trabajador respecto a este, debe realizarse de conformidad con un debido proceso mínimo, como garantía de los derechos del trabajador. Estas se refieren tanto a la forma en la que se debe llevar a cabo el despido, como a las causales que puede alegar el empleador.

101 Ibid.

102 Ibid.

103 Ibid.

En cuanto a la forma en la que se debe llevar a cabo la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, el empleador tiene varias obligaciones:

1. Manifestarle al trabajador los hechos por los cuales se va a dar por terminado el contrato, sin que le sea posible al empleador alegar hechos diferentes en un eventual proceso judicial posterior. El trabajador debe conocer los motivos precisos que causan la terminación unilateral del contrato, sin que este requisito pueda entenderse cumplido con la mención genérica de las causales del Código Sustantivo del Trabajo.[104]
2. Garantizar al trabajador la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se le hacen.[105]
3. Se debe realizar de conformidad con el procedimiento previamente determinado. En este punto es necesario precisar que la Corte Suprema de Justicia ha señalado[106] que basta con que se presente una de las justas causas estipuladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, para que el empleador pueda legítimamente hacer uso del derecho a dar fin al contrato de trabajo. Lo anterior, lógicamente con el cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley, como son la obligación de manifestar al momento de la comunicación del despido la causal o motivo determinante de esa decisión. Y cuando se trata de una de las causales previstas en los numerales 9 al 15 del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, conceder al trabajador el preaviso de 15 días señalado en esa misma disposición. La omisión de uno de estos requisitos impide calificar como justo el despido.

104 Ver las siguientes sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral: Sentencia del 24 de mayo de 1960, Magistrado Ponente Luis Fernando Paredes; Sentencia de noviembre 12 de 1986, Magistrado Ponente: Juan Hernández Sáenz; Sentencia del 25 de octubre de 1994, Magistrado Ponente: Francisco Escobar Henríquez. Ver la siguiente sentencia de la Corte Constitucional: Sentencia C-594 de 1997. Al respecto, cabe señalar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha sido pacífica en este asunto, pues en sentencias como la del 10 diciembre de 1990, Magistrado Ponente: Manuel Enrique Daza Álvarez, aceptó la posibilidad de que el empleador comunicara al trabajador la causal genérica legal del despido o los motivos fácticos del mismo. No obstante, en otras oportunidades ha sido mucho más estricta, determinando que el empleador está en la obligación de comunicarle al trabajador las razones concretas para el despido. Esta última posición la comparten la Corte Suprema y la Corte Constitucional.

105 Corte Constitucional, Sentencia T-362 de 2000, Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell; y Sentencia C-299 de 1998, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

106 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sección 1ª, Sentencia de agosto 4 de 1992, Magistrado Ponente: Manuel Enrique Daza Álvarez.

Sin perjuicio de lo anterior, esa misma Corporación ha reconocido que se presenta una situación diferente cuando el empleador ha establecido un procedimiento necesario para la validez del despido o cuando se negocia de esa manera en la convención o en el pacto colectivo, pues en dicha circunstancia es imprescindible su cumplimiento, so pena de que el despido sea ilegal.[107]

4. La facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo está limitada a que se configure alguna de las causales que están expresa y taxativamente enunciadas en el Código Sustantivo del Trabajo, o aquellas calificadas como falta grave en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos[108], sin que se permita su interpretación analógica o la posibilidad de alegar otras causales distintas.[109]

Entre la justa causa alegada y la terminación unilateral del contrato de trabajo, es necesario que haya una relación de inmediatez.[110] Así, el empleador debe dar por terminado el contrato inmediatamente después de ocurridos los hechos que motivaron su decisión o de que tuvo conocimiento de los mismos, pues, de lo contrario, se entenderá que estos han sido exculpados. De no hacerlo inmediatamente, ello equivaldría a despido sin justa causa.[111]

Ahora bien, valga aclarar que la inmediatez no significa simultaneidad, pues, conforme a lo ya expuesto, necesariamente debe existir un periodo de tiempo en el cual los hechos constitutivos de la falta deben ser investigados para comprobar su veracidad y, en tal medida, llevar a cabo el procedimiento para dar al trabajador la oportunidad de defenderse de los cargos que se le formulan.[112]

107 Ibid.

108 En el numeral 6 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, queda estipulado: cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

109 Corte Constitucional, Sentencia T-546 de 2000, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

110 Ibid.

111 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de julio 30 de 1976.

112 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación. Laboral, Sentencia de julio 30 de 1976 y Corte Constitucional, Sentencia C-299 de 1998 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Diaz; Sentencia T-546 de 2000, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

Al respecto, si bien la ley no establece un tiempo exacto y determinado como plazo para dar por terminado el contrato de trabajo, después de ocurridos los hechos que motivaron la decisión o de tener conocimiento de los mismos, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia permite formar ideas sobre lo que el ordenamiento jurídico considera como límites de la inmediatez en la materia que ocupa a este texto. Por una parte, en Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, con fecha del 11 de abril de 1975, expresa: "Suponiendo en todo caso, que el trabajador hubiera infringido la causal tercera del artículo 7°, aparte A) del Decreto 2351 de 1965, anota la sala que fue invocada, no en forma inmediata, sino 3 meses después de ocurridos los hechos, no existiendo una relación de causalidad inmediata".

Así mismo, en Sentencia de julio 30 de 1976, Magistrado Ponente: Juan Manuel Gutiérrez Lacouture, dice:

> La sanción debe ser consecuencia inmediata de la falta cometida, o, por lo menos, impuesta con tanta oportunidad que no quede la menor duda de que se está sancionando la falta que se imputa y no otra. Esta relación de causa y efecto debe existir no solamente cuando se trata de la causal que se examina, sino respecto de todas las contempladas en el artículo 7° como justificativas del despido, y, en general siempre que se imponga al trabajador cualquier tipo de sanción.

Por otro lado, se debe destacar que la jurisprudencia constitucional ha señalado procedimientos y elementos particulares para el alegato de algunas de las causales contempladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo[113], como son las que corresponden a los numerales 5 y 9 del literal a.

113 El literal a del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo señala como justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo, por parte del empleador, las siguientes:

1. El haber sufrido engaño por parte del trabajador, mediante la presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.
2. Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el {empleador}, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.
3. Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio, en contra del {empleador}, de los miembros de su familia o de sus representantes y socios, jefes de taller, vigilantes o celadores.
4. Todo daño material causado intencionalmente a los edificios, obras, maquinarias y materias primas, instrumentos y demás objetos relacionados con el trabajo, y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.

El primer caso corresponde a la causal que faculta al empleador a terminar de manera unilateral el contrato de trabajo con justa causa por "todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores"[114]. Al respecto, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-931 del 3 de diciembre de 2014, señaló que para alegar esta causal

> deben aplicarse criterios como los señalados en la jurisprudencia sobre la aplicación de conceptos indeterminados, en el sentido de que: (i) dicho concepto debe entenderse como moral social y debe producir una desaprobación objetiva de acuerdo con los parámetros axiológicos aceptados por la sociedad, lo que excluye un reproche subjetivo crítico o intolerante; y (ii) la realización del acto considerado inmoral debe darse

5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.
6. Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.
7. La detención preventiva del trabajador por más de treinta (30) días, a menos que posteriormente sea absuelto; o el arresto correccional que exceda de ocho (8) días, o aun por tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por sí misma para justificar la extinción del contrato.
8. El que el trabajador revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado, con perjuicio de la empresa.
9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador.
10. La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.
11. Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina del establecimiento.
12. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas, prescritas por el médico del {empleador} o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.
13. La ineptitud del trabajador para realizar la labor encomendada.
14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.
15. La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador, que no tenga carácter de profesional, así como cualquiera otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante ciento ochenta (180) días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime al {empleador} de las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales derivadas de la enfermedad.

En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el {empleador} deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.

114 Código Sustantivo del Trabajo, artículo 62, literal A, numeral 5.

> en el lugar de trabajo o en ejecución de las labores, y afectar el normal desarrollo de las funciones de la empresa. Es decir, dicho acto debe trascender la esfera privada y del interés particular a un ámbito laboral, por afectar derechos de terceros, y la convivencia digna y respetuosa que debe guiar las relaciones de trabajo, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución y la ley.

A su vez, el segundo caso corresponde a la causal 9, la cual reza: "El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador"[115]. Frente a este, la Corte Constitucional ha señalado que, para su aplicación, el empleador deberá ceñirse al siguiente procedimiento:

> Requerirá al trabajador 2 veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a 8 días.
>
> Si hechos los anteriores requerimientos el patrono considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efectos de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los 8 días siguientes, y
>
> Si el patrono no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los 8 días siguientes.[116]

Finalmente, frente al procedimiento para terminar contratos de trabajo, con justa causa, de manera unilateral por parte del empleador, debe hacerse una especial mención de la estabilidad laboral reforzada.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el concepto de estabilidad laboral reforzada se ha aplicado en situaciones que involucran derechos de mujeres embarazadas, de trabajadores aforados, de personas limitadas físicamente y de otras personas en estado de debilidad manifiesta.

A partir de los principios consagrados en el artículo 53 de la Constitución, la estabilidad en el empleo respecto a las mujeres en estado de embarazo o durante

115 Ibid., numeral 9.

116 Corte Constitucional, Sentencia T-013 de 1999, Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

la lactancia[117], conlleva al denominado fuero de maternidad y, como consecuencia de él, a una estabilidad reforzada que le permite a la trabajadora permanecer en el empleo y obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso en contra de la propia voluntad de su empleador. Esto último en caso de ser despedida y de no existir una causa que justifique dicha acción, la cual, de ninguna manera, puede ser consecuencia de su estado de embarazo o de lactancia.[118]

Se derivan varias reglas de la doctrina de la Corte Constitucional, contenida en numerosas sentencias de tutela, entre otras en la Sentencia T-906 de 2007, la Sentencia T-095 de 2008, la Sentencia T-1069 de 2008, la Sentencia T-635 de 2009, la Sentencia T-649 de 2009 y la Sentencia T-004 de 2010.

Se consagra así una garantía a favor de todas las trabajadoras, sin importar la modalidad de contrato de trabajo, resultando irrelevante distinguir si es a término indefinido, fijo o por obra[119] e incluso de aprendizaje.[120]

De conformidad con el artículo 240 del Código Sustantivo del Trabajo, para dar por terminado el contrato es necesario contar con la autorización del Inspector de Trabajo y, en los lugares en donde no existiere aquel funcionario, del Alcalde Municipal. El despido de una mujer que se halla en esta condición debe obedecer a una causal objetiva o a una causa justa debidamente comprobada, además de que requiere de la autorización de la autoridad administrativa competente.

117 El artículo 2° de la Ley 1468 de 2011, que modifica el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que:

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.
2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del periodo del embarazo dentro de los tres meses posteriores al parto y sin autorización.
3. Las trabajadoras despedidas en estado de embarazo o lactancia, tienen derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta días (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo.
4. En el caso de la mujer trabajadora además, tendrá derecho al pago de las catorce (14) semanas de descanso remunerado a que hace referencia la presente ley, si no ha disfrutado de su licencia por maternidad; en caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término".
5. No produce efecto alguno el despido que se realice durante los periodos de descanso remunerado por lactancia y por licencia o enfermedad derivada del parto.

118 Corte Constitucional, Sentencia T-1202 de 2005, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa.

119 Corte Constitucional, Sentencia T-649 de 2009, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

120 Corte Constitucional, Sentencia T-906 de 2007, Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

El desconocimiento de los requisitos aludidos hace que el despido sea ineficaz y proceda el reintegro.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia 17193 del 10 de julio de 2002, aclaró que durante la lactancia (periodo posterior a la licencia de maternidad), si bien existe igualmente la prohibición de despedir a la trabajadora por esta razón, no se contempla la presunción estipulada para el despido durante el embarazo y la licencia de maternidad. Por este motivo le corresponde a la trabajadora demostrar que el despido se produjo en razón de la lactancia y sin ninguna justa causa.

Ahora bien, en lo relacionado con la estabilidad reforzada de personas limitadas físicamente o en situación de debilidad manifiesta, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 señala que la desvinculación laboral de personas con limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales requiere de autorización previa, aunque medie para el efecto una justa causa de terminación del contrato.

En estos casos, de acuerdo con la Sentencia T-1084 de 2002, al empleador le corresponde asumir la carga de sustentar en qué consiste el factor objetivo que le permite desvirtuar la presunción de discriminación, a fin de impedir la consecuente ineficacia de la terminación contractual.

La Corte Constitucional ha establecido que el sujeto de quien se predica la estabilidad laboral reforzada no es solamente el discapacitado, identificado como tal, de conformidad con lo establecido en la Ley 361 de 1997, o la persona reputada como inválida por una Junta de Calificación. También encuadra dentro de dicho concepto, y se ubica bajo la protección de una estabilidad laboral reforzada, el trabajador que en desarrollo de la prestación de sus servicios ve menguados tanto su estado de salud como su capacidad de trabajo, de forma tal que deba ser considerado como una persona puesta en condiciones de debilidad manifiesta.

En ese orden de ideas, suponen especial reflexión los casos de aquellos trabajadores que aunque no necesariamente se encuentren incapacitados, o con una pérdida de capacidad dictaminada, presenten quebrantos de salud, puesto que en varios casos los jueces, a través de fallos de tutela, han declarado la ineficacia de la terminación de los contratos y ordenado el reintegro, aduciendo un deber de solidaridad del empleador que se ve obligado a brindar especial protección a su empleado, en virtud de la condición que presenta.

Conclusión

A partir de todo lo expuesto se pueden resolver positivamente los problemas jurídicos planteados en la introducción de este texto, afirmando que, por una parte, las garantías que consagra el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en relación con el debido proceso, se aplican para el procedimiento disciplinario laboral. Por otra, que en efecto existen diferencias en el procedimiento dirigido a terminar un contrato de trabajo por justa causa, de aquel encaminado a imponer una sanción disciplinaria.

La terminación de un contrato de trabajo por justa causa y la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias, por parte del empleador al trabajador, obedecen a propósitos diferentes, pues mientras la primera es una potestad que las dos partes tienen para finalizar el vínculo que las une, las facultades disciplinarias corresponden únicamente al empleador, en virtud de su poder de subordinación, teniendo como finalidad corregir ciertas conductas del trabajador.

Es necesario que en el Reglamento Interno de Trabajo estén previamente definidas las etapas procesales, pues, de lo contrario, la imposición de sanciones queda sujeta a la voluntad y arbitrio de quienes tienen la función de solucionar los conflictos de los implicados.

El alcance del derecho a la defensa incluye la obligación de manifestarle al trabajador los motivos concretos y específicos por los cuales el empleador está dando por terminado, con justa causa, su contrato de trabajo, así como la obligación de darle la oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra, antes del despido.

En todo caso, para que el principio de legalidad cobre plena vigencia, es necesario que la falta disciplinaria se tipifique en la norma reglamentaria con anterioridad a los hechos que son materia de la investigación.

A su vez, la calificación provisional de las conductas, de acuerdo con el catálogo de las faltas, debe ser motivada y puesta en conocimiento del trabajador para que este pueda controvertirla y así conocer todos aquellos elementos que el juzgador tiene en mente para considerar que su conducta infringe una norma, lo cual le acarreará una determinada sanción.

No basta con que el empleador alegue alguna de las causales enunciadas para tomar su decisión, pues, además, debe expresar los hechos precisos que la

provocaron, dando al trabajador la oportunidad de enterarse y controvertir los motivos y las pruebas que originaron la imposición de la sanción o la terminación de la relación laboral.

Bibliografía

Constitución Política. Colombia, 1991.

Organización de Estados Americanos –OEA-. Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José, 1969.

Organización Internacional del Trabajo -OIT-. "Reglamentos y procedimientos disciplinarios". Publicación digital. http://staging.ilo.org/public/libdoc/ilo/1994/94B09_173_span.pdf

6

INTERMEDIACIÓN Y TERCERIZACIÓN LABORAL: RELACIONES CONTRACTUALES Y CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS MÍNIMOS LABORALES IRRENUNCIABLES DEL TRABAJADOR

Javier Eduardo Almanza Junco

Introducción

La legislación laboral colombiana permite a las empresas contar con trabajadores que, en cumplimiento de diferentes misiones, realicen actividades específicas relacionadas con el objeto social para el que fueron constituidas, sin tener una relación laboral directa entre ellos. Así mismo, consiente la tercerización de las actividades desarrolladas, con el propósito de hacer más eficiente y rentable su actividad económica, a través de la figura de la intermediación, *outsourcing* o bolsa de empleo.[121]

Para tal efecto, las empresas y organizaciones pueden acudir a la contratación a través de la intermediación laboral brindada por las empresas de servicios temporales –en adelante EST–. Estas manejan esquemas de contratación y suministro de personal mediante diferentes mecanismos, con el fin de cumplir con los

121 Francisco Ostau de Lafont, *La libertad sindical en el mundo del trabajo en Colombia* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017): 113-114.

requerimientos de las empresas, aunque también pueden verse, en su tratamiento jurídico, como intermediarios laborales.

Igualmente se pueden encontrar las modalidades de contratista independiente y de contrato colectivo sindical –en adelante CCS–. Estas, sobre todo en el caso de la primera, han acudido a una proliferación en el desarrollo de actividades que pudiesen, en algún momento, ser asumidas por un empleado formalmente contratado. En suma, las modalidades hasta aquí mencionadas son las que se dan de forma más recurrente y en ellas se concentran parte importante de los mecanismos de intermediación y tercerización laboral.

El interés central del presente capítulo es señalar las condiciones normativas de estas formas de contratación, hilando en la identificación de las circunstancias fácticas por las que puedan ponerse en riesgo los derechos laborales irrenunciables de los trabajadores. Lo anterior, en la medida en que, como lo identifica Óscar Valero, ante el requerimiento de dinamización de la economía que reclaman quienes promueven la globalización de los mercados, se estén suscitando legislaciones que van en detrimento de los derechos laborales que históricamente se les han reconocido a los trabajadores.[122]

En este sentido, uno de los aspectos a tener en cuenta es que, si bien los esquemas de contratación laboral por medio de esta intermediación y tercerización se ajustan a procedimientos que maximizan la productividad del capital humano, resulta necesario consultar sobre la calidad del empleo que presentan estos modelos de contratación, en términos de las relaciones contractuales que generan para el trabajador y la posibilidad de vulneración de derechos laborales constitucionalmente amparados.

Lo anterior, puesto que una de las grandes críticas realizadas a estos mecanismos de contratación laboral, no solo en Colombia sino en general en toda la región, es que llevan a la reducción en la calidad del empleo, en cuanto al número de horas trabajadas, descansos y compensaciones, retiros y despidos, cuestión que afecta directamente el bienestar del empleado.[123]

122 Óscar Valero, *Régimen de pensiones en las convenciones colectivas de trabajo* (Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016).

123 Consuelo Iranzo y Marcia de Paula Leite, "La subcontratación laboral en América Latina", en *Teorías sociales y estudios del trabajo: nuevos enfoques*, coordinado por Enrique Garza Toledo (México: Anthropos Editorial- UAM).

Así mismo, es de considerar que para autores como Juan Vesga[124] hay otros aspectos que también precarizan la condición laboral, como los psicológicos, tendientes a influir negativamente en las personas de acuerdo a los intereses que se generan en cualquier relación laboral. Estos pueden referirse a las expectativas sobre el tipo de contrato, a la estabilidad laboral que se brinda, a las posibilidades de ascenso, al espacio para el desarrollo de capacidades profesionales y al nivel de autonomía y participación. De igual manera, a la relación con los contextos sociales, como la propiedad social, los procesos de asociación, entre otros factores.

Aunque son importantes los aspectos emocionales del trabajador, el enfoque del presente apartado se centra más en el aspecto legislativo y en la manera en la que este se asocia a los mecanismos de flexibilización laboral en el país. Lo dicho, con el propósito de establecer si, por ello, hay una renuncia implícita a unos derechos laborales mínimos irrenunciables, afectando la calidad y el bienestar laboral del trabajador.

Para lograr este propósito, la primera parte del capítulo explora el marco histórico y normativo de las Cooperativas de Trabajado Asociado -CTA-, ya que en sus antecedentes se puede hallar que fueron, hasta la primera década del siglo XXI, una de las formas de intermediación más usadas en el mercado laboral. Con esto no se pretende afirmar que estas sean la base de las demás modalidades mencionadas, como se verá en la caracterización normativa que se haga más adelante sobre las CTA y las demás formas de contratación.

La segunda parte presenta la modalidad de contratación que se establece para las EST y su relación con las agencias de empleo, haciendo varios comentarios sobre estas y sus diferencias. Luego, hace referencia a la modalidad de contratación independiente, que tiende a configurarse como orden y prestación de servicios –OPS–. Sobre esta modalidad se reflexiona respecto a la pérdida legal de derechos laborales a la que acuden quienes son contratados bajo la misma. Finalmente, se presenta en breve el modelo de CCS y se hace un estudio sobre los derechos laborales allí flexibilizados.

Después del ejercicio expositivo sobre las distintas modalidades de contratación por terceros o de manera flexibilizada, en la tercera parte se procede a revisar la jurisprudencia que ha operado para esta formas laborales y cómo han

124 Juan Vesga Rodríguez, "Los tipos de contratación laboral y sus implicaciones en el contrato psicológico", en Pensamiento Psicológico 9, No. 16, Cali, 2011, pp. 172 y ss.

afectado la calidad del empleo. Finalmente se intentará responder, en conjunto con las conclusiones, si evidentemente por estas formas de contratación hay una renuncia a unos derechos laborales mínimos irrenunciables o si los mismos se ven amenazados por la contratación que opera.

Origen normativo y permanencia en el tiempo de las figuras asociadas a la intermediación y tercerización laboral

La mutación de los procesos económicos que marcaron la ruta de desarrollo productivo del país en las más recientes décadas del siglo XX, tuvo un punto de ruptura fundamental en la década de los noventa, cuando se presenciaron una serie de cambios estructurales del modelo económico. Posteriormente, estos llevaron a reformas fuertes en términos de contratación laboral, las cuales, en los años siguientes, fueron ajustadas de tal manera que para las empresas fueran menores los costos asociados a la contratación de personal.

En adelante, la legislación ha venido adaptándose a las que pueden ser las necesidades propias del modelo económico, presentándose cambios en materia laboral. Estos conducen a formular que, en términos generales, el mercado acude a una flexibilización laboral a través de la tercerización, que incluye la dinamización de algunos mecanismos de contratación, los cuales no encuentran su origen en la misma década de los noventa, sino desde algo antes a la segunda mitad del siglo XX.

Dicho esto, a continuación se busca presentar la trayectoria histórica que puede marcarse en lo que respecta a la formulación de mecanismos legales de contratación por tercerización, revisando en especial la legislación que corresponde a la formación de las CTA. Estas aparecieron en el escenario de la contratación laboral desde la década de los treinta y pueden marcarse como el antecedente menos próximo de las formas de flexibilización y tercerización laboral actuales. Vale aclarar que, con la expedición del Decreto 2025 de 2011, hasta hace poco las CTA dejaron de tener la posibilidad de envío de trabajadores en misión a terceros.[125]

125 Presidencia de la República de Colombia y Ministerio de la Protección Social, Decreto 2025 de 2011 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010", Diario Oficial 48.094, 8 de junio de 2011.

Antecedentes de la configuración normativa de las Cooperativas de Trabajo Asociado - CTA-

Desde antes de la primera mitad del siglo XX, en Colombia se comenzaron a configurar nuevos tipos de relaciones laborales formales, por medio de las cuales se pretendía brindar al mercado laboral más y mejores formas de contratación, en pro de la expansión de las formas productivas a nivel nacional, así como de competitividad internacional.

El establecimiento de nuevas figuras laborales llevó consigo la expedición de normas, por medio de las cuales se dio paso a la regulación del mercado laboral, cuyo objetivo era hacer más justo el trabajo en cuanto a la relación entre actividades desarrolladas y la compensación económica recibida por las mismas. Así aparece la primera normatividad en la década de los treinta, con la expedición de la Ley 134 de 1931[126], por la que se establece el cooperativismo como un mecanismo para hacer frente a la inequidad social y al desequilibrio económico, autorizando el desarrollo de la actividad cooperativa en Colombia.

Esta ley, que se convierte en el primer soporte jurídico de la actividad cooperativa en Colombia, establece, en su artículo 23, la caracterización de lo que en adelante se denominará "sociedades cooperativas", a saber: capital y personal asociados bajo un fin común, sin ánimo de lucro y distribución a prorrata de los beneficios según el uso de la función social. Sin embargo, durante las siguientes tres décadas, estas definiciones legales y conceptuales[127] se prestaron para varias interpretaciones, lo cual conllevó a la necesidad de reformular la ley.

Es así como surge la Ley 1598 de 1963[128], que brinda las aclaraciones conceptuales del caso, subsanando varios de los vacíos conceptuales previstos en la Ley 134 de 1931, lo cual le permitió a las cooperativas desarrollar sus actividades mucho más ajustadas a la ley, sin quedar en el limbo jurídico que hasta la fecha presentaban en la realización de algunas acciones precisas.

126 Congreso de la República de Colombia, Ley 134 de 1931 "Sobre sociedades cooperativas", Diario Oficial 21.866, del 7 de diciembre de 1931.

127 Expresiones como utilidad, acciones, entre otras, no se ajustaban a la naturaleza de las cooperativas, lo que hizo necesario su adecuación.

128 Presidencia de la República de Colombia y Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Ley 1598 de 1963 "Por el cual se actualiza la legislación cooperativa", Diario Oficial 31.164, del 26 de agosto de 1963.

Desde 1963, y hasta finales de la década de los ochenta, la actividad cooperativa no tuvo mayor dinamismo, ya que las relaciones laborales que se daban en el país estaban más sujetas a la informalidad laboral y al poco crecimiento económico. Es decir, la demanda de trabajadores no era la mejor, la economía no se prestaba para un continuo crecimiento empresarial y, por lo mismo, la informalidad laboral era la principal salida para miles de personas.

Sin embargo, desde 1966, en la agenda internacional se empieza la discusión respecto a esta modalidad de contratación, como está registrado en la Conferencia Internacional del Trabajo, en la cual se adoptó la recomendación de la OIT 127 sobre el rol de las cooperativas en el progreso social y económico de los países en desarrollo. Allí se estipuló que estas eran claves en el progreso económico solidario de los países, en el marco de hacer de los recursos un componente más participativo.[129]

Considerando esta y otras necesidades de transformación de la normatividad en la materia, se expidió la Ley 79 de 1988, la cual, a través del artículo 70, definió el trabajo asociado, señalando que "las cooperativas de trabajo asociado son aquellas que vinculan el trabajo personal de sus asociados para la producción de bienes, ejecución de obras o la prestación de servicios"[130]. Como se indicaba, entre otras cosas, lo dicho ajustó el concepto de trabajo asociado a las definiciones internacionales sobre economía solidaria, aunque su reglamentación solo se diera hasta 1990 con la expedición del Decreto 468.[131]

Siguiendo a Luz Patricia Pardo Martínez y a María Victoria Huertas de Mora, las normas hasta aquí mencionadas hacen parte de 4 hitos o periodos del sector cooperativo en Colombia[132], que son: un primer periodo (1930-1945), que da surgimiento al mutualismo y al cooperativismo; un segundo periodo (1946-1964), en

129 Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, Recomendación R127 "Recomendación sobre el papel de las cooperativas en el progreso económico y social de los países en vías de desarrollo", Ginebra, 21 de junio de 1966.

130 Congreso de la República de Colombia, Ley 79 de 1988, "Por la cual se actualiza la Legislación Cooperativa", Diario Oficial 38.648, del 10 de enero de 1988.

131 Presidencia de la República de Colombia y Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Decreto 468, "Por el cual se reglamentan las normas correspondientes a las cooperativas de trabajo asociado contenidas en la Ley 79 de 1988 y se dictan otras disposiciones sobre el trabajo cooperativo asociado", Diario Oficial 39.201, del 23 de febrero de 1990.

132 Luz Pardo Martínez y María Huertas de Mora, "La historia del cooperativismo en Colombia: hitos y periodos", *Cooperativismo & Desarrollo* 22, No 104 (2014).

el que se promociona y presenta su expansión; un tercer periodo (1965-1976) de consolidación; y un cuarto periodo (1977-1990) de crecimiento como sector y movimiento social. Es importante resaltar que el cooperativismo no se extiende hasta la actividad laboral, sino que en este se incluyen otros matices que no se agotan en este documento y que aquí no son mencionados.

Sobre el trabajo de Pardo Martínez y Huertas de Mora falta mencionar un quinto periodo, establecido entre 1990 y 2010, que bien se puede extender hasta la actualidad, y en el que se hace referencia a la "crisis y economía solidaria o de la solidaridad".[133] Las autoras no hacen mayor mención a este periodo, dado su enfoque hacia las cooperativas de ahorro y crédito.

No obstante, y tratando de agotar este barrido histórico, a continuación se establece el panorama normativo que tuvo lugar en el país luego de la expedición de la Constitución de 1991, el cual marca la nueva etapa de transformación productiva por el cambio en el modelo económico que se propone desde el Gobierno y que tuvo lugar con la Constituyente. Esto conduce a los actuales mecanismos de contratación laboral flexible por tercerización, donde se involucran adicionalmente las EST, el contratista independiente y la CCS, lo cual se estudiará en los acápites siguientes.

Expansión de las formas tercerizadas de contratación laboral en Colombia

En Colombia, desde la década de los noventa, y en sus años siguientes, existe una profundización en las débiles figuras de trabajo tercerizado que hasta la época podrían reconocerse en el panorama laboral del país. De manera precisa, el punto de expansión se da, más que en la Constitución de 1991, con la expedición de diversa normatividad, entre la que se incluye la Ley 454 de 1998 y normas subsecuentes y el Decreto 4588 de 2006, el cual sustituye al Decreto 468 de 1990, que es la materia normativa vigente para las CTA.

En el siguiente aparte se busca dar precisión sobre los contenidos de las normas mencionadas, y otras adicionales, que marcaron la ruta de lo que puede ser, para unos, la adaptación del mercado laboral a las necesidades de producción que requería el país o, para otros, la precarización de la condición laboral, debido a la flexibilización que pone a tambalear el derecho fundamental al trabajo,

133 Ibid., 25-26.

establecido en la Carta Política. Con el fin de determinar la veracidad de esto último, en un posterior acápite se hace el análisis jurisprudencial por el que se quiere dar cuenta de si, en efecto, esto resulta siendo así.

Ley 454 de 1998

De acuerdo con Alina Bustamante Salazar[134], puede establecerse que la trayectoria histórica que siguen las normas concernientes al trabajo asociado en Colombia, está dada por una cada vez mayor especificidad y control sobre su uso y aplicación, lo cual se evidencia en el hecho de que la Ley 454 de 1998[135] delimitó aún más la actividad del trabajo asociado por cooperativas, creando nuevos mecanismos de vigilancia e inspección.

Bajo el amparo de esta norma, el sector cooperativo en Colombia se integró al sistema de economía solidaria y, aunque se hubiera seguido conservando el carácter mutualista que en normas anteriores marcó el cooperativismo, estableció un nuevo carácter doctrinal fundamental para la caracterización del sector solidario, incluyendo todas aquellas asociaciones que la norma establece en el parágrafo 2 del artículo 6. Estas son: cooperativas; organismos de segundo y tercer grado que agrupen cooperativas u otras formas asociativas y solidarias de propiedad; instituciones auxiliares de economía solidaria; empresas comunitarias; empresas solidarias de salud; precooperativas; fondos de empleados; asociaciones mutualistas; empresas de servicios en las formas de administraciones públicas cooperativas; y las empresas asociativas de trabajo. Estas últimas son las que se estudiarán particular y detalladamente.

La Ley 454 de 1998 transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Nacional de la Economía Solidaria y crea, como entidad vinculada, el Fondo de Fomento de la Economía Solidaria –Fones–, asignándole, como una de sus funciones, fomentar las organizaciones solidarias

134 Alina Salazar Bustamante, "Bienestar e inequidad: dos caras del cooperativismo de trabajo asociado", *Revista Lebret*, No. 2 (2010).

135 Congreso de la República de Colombia, Ley 454 de 1998, "Por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones", Diario Oficial 43.357, del 6 de agosto de 1998.

de producción y trabajo asociado. Aunque debe señalarse que, hasta el momento, no se ha podido concretar su funcionamiento.

Sobre las CTA la norma no da mayores elementos regulatorios, puesto que, a la fecha, se podía establecer su marco regulatorio en el Decreto 468 de 1990, derogado por el Decreto 4588 de 2006. No obstante, luego se da todo un cambio normativo en lo que corresponde a las contribuciones parafiscales y de la seguridad social a cargo de las CTA y al fortalecimiento del control concurrente, sin embargo, con la aparición de la Ley 1233 de 2008, se les quita la posibilidad de actuar como empresas de intermediación laboral y, en ese sentido, de suministrar a terceros trabajadores por misión u obra temporal.[136]

Este es el escenario que propició la expedición del Decreto 2025 de 2011[137], por el que quedaron inhabilitadas, en definitiva, las cooperativas de trabajo para el envío de trabajadores en misión a terceros, siendo este el contexto que, a su vez, impulsó el posicionamiento del sector del servicio temporal por EST. Se revisará entonces el marco normativo de las distintas posibilidades de intermediación laboral que se dan actualmente en el mercado laboral colombiano.

Intermediación laboral, agencias de empleo y empresas de servicios temporales

Antes de hablar de la intermediación laboral a través de agencias de empleo, resulta relevante señalar que parte de las actividades que le han sido delegadas al SENA, a través de la Ley 1636 de 2013[138], es la de consignar y brindar a la ciudadanía ofertas de trabajo de las diferentes empresas que, en su momento, le hacen llegar no solo requerimientos de aprendices, sino también de personal para desempeñar otras funciones. Esto, en el marco de la creación del Mecanismo de Protección al Cesante, objeto de la norma en comento.

136 Congreso de la República de Colombia, Ley 1233 de 2008 "Por medio de la cual se precisan los elementos estructurales de las contribuciones a la seguridad social, se crean las contribuciones especiales a cargo de las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, con destino al Servicio Nacional de Aprendizaje, Sena, al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, y a las Cajas de Compensación Familiar, se fortalece el control concurrente y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial 47.058, del 22 de julio de 2008.

137 Presidencia de la República de Colombia y Ministerio de la Protección Social, Decreto 2025 de 2011 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1233 de 2008 y el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010", Diario Oficial 48.094, del 8 de junio de 2011.

138 Congreso de la República de Colombia, Ley 1636 de 2013 "Por medio de la cual se crea el mecanismo de protección al cesante en Colombia", Diario Oficial 48.825, del 18 de junio de 2013.

De esta manera, el SENA ha consolidado una importante oferta de empleos en entidades de carácter público, privado o mixto. No obstante, la entidad actúa como gestora de la intermediación pública de manera gratuita, brindando como soporte adicional capacitación complementaria, recalificación, validación y certificación ocupacional, cuando las empresas así lo requieren.

En la actualidad, esta posibilidad de intermediación se ha extendido también a la Unidad Administrativa Especial del Servicio Público de Empleo, creada en 2013[139], a cargo del Ministerio del Trabajo, en el marco del régimen de prestaciones del Mecanismo de Protección al Cesante. Dicha posibilidad de intermediación es también ofrecida por las Cajas de Compensación Familiar, a las cuales se les ha asignado la función de trabajar de manera conjunta con el Servicio Público de Empleo.

Agencias de empleo

Las agencias o bolsas de empleo son empresas con carácter jurídico o natural que se lucran de la colocación y atención de requerimientos de personal, solicitadas por las empresas, labor que es desarrollada de manera directa o indirecta. Sirven tanto a personas jurídicas como naturales, bajo una cobertura restringida que se define, entre otras disposiciones normativas, en la Ley 1636 de 2013[140], en la Resolución 3999 de 2015[141] y en el Decreto 1072 de 2015[142].

Este ejercicio de intermediación no dispone a la agencia como directo empleador del trabajador, sino que el objeto económico de la misma es lucrarse por la selección de personal realizada, la cual, y en acuerdo con el empleador, puede llegar a ser hasta del 20% sobre el salario básico devengado por el trabajador;

139 Presidencia de la República y Ministerio del Trabajo, Decreto 2852 de 2013 "Por el cual se reglamenta el Servicio Público de Empleo y el régimen de prestaciones del Mecanismo de Protección al Cesante, y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial 48.996, del 6 de diciembre de 2013.

140 Congreso de la República de Colombia, Ley 1636 de 2013 "Por medio de la cual se crea el mecanismo de protección al cesante en Colombia", Diario Oficial 48.825, del 18 de junio de 2013.

141 Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Resolución 3999 de 2015 "Por medio de la cual se definen las condiciones de prestación y alcance de los servicios de gestión y colocación de empleo, y se dictan otras disposiciones", Diario Oficial 49.665, del 14 de octubre de 2015.

142 Presidencia de la República, Decreto 1072 de 2015 "Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo", Diario Oficial 49.523, del 26 de mayo de 2015.

esto puede ser cobrado solo una vez. Por ningún concepto la agencia puede cobrar al trabajador suma alguna antes o después de la contratación.

Empresas de servicios temporales

Las EST brindan el servicio de suministro de personal a empresas para el desarrollo de actividades relacionadas con el objeto de las mismas. A su vez, las EST son desarrolladas por personas naturales, que guardan una relación laboral directa con estas, que son sus empleadoras.

Los trabajadores de las EST responden a dos categorías: trabajadores de planta, los cuales desarrollan actividades propias de las empresas de servicios temporales[143] y trabajadores en misión, los cuales son enviados a las empresas, con las cuales las EST tiene contratos firmados, a desarrollar las funciones que les sean asignadas.

Los usuarios de estas empresas son todo tipo de personas jurídicas y naturales que requieran suministro de personal para el desarrollo de una actividad específica, siendo una facultad de los mismos, en virtud del poder de delegación que tiene la EST, generar relaciones de subordinación frente a los trabajadores enviados en misión, pudiendo exigir el cumplimiento de órdenes de trabajo en modo, tiempo y cantidades precisas.

Los aportes de seguridad social y parafiscales están a cargo de la EST, por lo que es obligación de las misma informar a las empresas usuarias, dentro de los primeros 10 días de cada mes, del pago de los aportes de los trabajadores en misión, que prestaron sus servicios en el mes inmediatamente anterior.[144]

El Ministerio de Protección Social es la entidad gubernamental encargada de autorizar, en un plazo no mayor a 30 días después de radicada la solicitud, la creación o no de las empresas de servicios temporales, lo cual está sujeto a que

143 En este caso el trabajador desarrolla actividades en dependencias propias de la EST, entendiéndose por dependencia aquella cuyo funcionamiento hace parte del desarrollo de la actividad económica de la EST.

144 En el evento dado de que la empresa no informe o se encuentre inconsistencia en el reporte generado, la empresa usuaria debe informar al Ministerio de Protección Social y a la Superintendencia Nacional de Salud, en un plazo de 5 días, posteriores al vencimiento de los 10 iniciales, la omisión de la misma, generando una responsabilidad jurídica y económica de manera solidaria, ante un eventual siniestro o acto de evasión o elusión.

la EST cumpla con todos los requisitos normativos para su constitución.[145] Para esto se pide la siguiente documentación:

1. Escritura pública de constitución y certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio, donde se especifique el objeto social de la EST.
2. Balances firmados y revisados por un contador público y/o revisor fiscal, cuando sea el caso, con copia de los extractos bancarios donde se demuestre que el capital suscrito y pagado, en el momento de la constitución, es superior a 300 salarios mínimos mensuales legales vigentes.
3. Reglamento de trabajo, como se estipula en la Ley 50 de 1990.
4. Formato de contratos que se usará con los trabajadores y usuarios del servicio.
5. Póliza de garantía.[146] Esta surte efecto en el momento en el que los trabajadores en misión así lo soliciten, ante la eventualidad de liquidación de la empresa, evento en el cual no se requiere la existencia de un estudio económico o documento similar que así lo demuestre.

145 Uno de los impedimentos sobre los cuales se hace más hincapié, es en que no podrán generarse EST cuando alguno de los socios, el representante legal o el administrador, hayan pertenecido en los últimos 5 años, en alguna de las calidades mencionadas, a otra empresa que haya sido sancionada con suspensión o cancelación de la autorización de funcionamiento.

146 Todas las EST están obligadas a tomar una póliza de garantía a favor de los trabajadores en misión que les garantice el pago de sus salarios y todas sus prestaciones sociales e indemnizaciones, ante la eventualidad de una liquidación de la EST, cuyo depósito se hará ante el Ministerio de Protección Social.

El valor de esta póliza no podrá ser inferior a 500 veces el salario mínimo mensual legal vigente al momento de la constitución, estando sujeta a una actualización anual, acorde con la actualización que año tras año se realiza del SMMLV. Esta, a su vez, debe tomarse de manera anualizada, es decir, para un periodo entre el 1 de enero y el 31 de diciembre, por lo tanto, la creación de una EST en un mes diferente, obliga a la misma a realizar la actualización de esta póliza en enero del año inmediatamente siguiente.

La existencia de esta póliza debe estar sujeta a los siguientes parámetros:

Hasta 150 trabajadores, 500 SMMLV

De 151 a 200 trabajadores, 600 SMMLV

De 201 a 250 trabajadores, 700 SMMLV

De 251 a 500 trabajadores, 1.100 SMMLV

De 501 a 750 trabajadores, 1.600 SMMLV

De 751 a 1000 trabajadores, 2.000 SMMLV

El número de trabajadores en misión responde tanto a aquellos que son parte de la oficina principal como a los que son parte de las sucursales.

Los escenarios en los que se puede liquidar una EST son:

1. Demostración, por parte del Ministerio de Protección Social, que por iliquidez se ha faltado al pago de dos o más periodos consecutivos de salario, según se estipula en los contratos de trabajo firmados.
2. Demora en el pago de aportes de seguridad social, por más de 45 días, sin perjuicio de la cancelación de la autorización de funcionamiento.
3. Demora en más de 3 ocasiones, en una anualidad, del pago de aportes a la seguridad social.
4. Que la EST entre en un proceso de reestructuración de obligaciones.
5. Que la EST se declare en iliquidez.

En lo que respecta al régimen laboral, a los trabajadores en misión se les aplican los derechos y responsabilidades estipulados en el CST y todas aquellas disposiciones normativas que extiendan o modifiquen el mismo, como las disposiciones normativas especiales que apliquen al régimen laboral colombiano.

El salario ordinario de los trabajadores en misión debe ser igual al de los trabajadores que desarrollen las mismas actividades en la empresa usuaria, de manera directa, extendiéndoseles el derecho de gozar de los beneficios que la empresa tenga para con sus empleados en el lugar de trabajo[147], en materia de transporte, recreación y alimentación.

Por lo mismo, la contratación de empresas de servicios temporales está supeditada a cualquiera de los siguientes tres casos:

1. Para el desarrollo de labores ocasionales, transitorias o accidentales, indicadas en el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo.
2. Cuando hay lugar al reemplazo de personal por licencias de maternidad, vacaciones o incapacidad por enfermedad.
3. Para la atención de incrementos en la producción, transporte, venta de productos o mercancías, periodos estacionarios o de cosecha o prestación de servicios, por un periodo de 6 meses, prorrogables solamente hasta otros 6 meses más.

147 Tómese por lugar de trabajo el espacio destinado para el desarrollo de actividades, que es también el destinado por los trabajadores propios de la empresa.

Una vez cumplido el plazo de los 6 meses de prórroga laboral y, aun subsistiendo el objeto por el cual fue contratado el trabajador, no se podrá prorrogar nuevamente el contrato, ni celebrarse un nuevo contrato con la empresa o con otra empresa de servicios temporales. Dado caso, el trabajador pasaría a ser empleado directo de la empresa usuaria y la empresa de servicios temporales pasaría a ser una deudora solidaria de las acreencias laborales del trabajador.

Por otra parte, la empresa de servicios temporales es la directamente encargada de la responsabilidad de la salud ocupacional de los trabajadores en misión. Aun así, hay una discrecionalidad de decisión entre la EST y la empresa usuaria, sobre el abastecimiento de elementos de trabajo y el adiestramiento específico para actividades particularmente riesgosas.

La relación entre la empresa de servicios temporales y la usuaria está mediada por los contratos que entre las partes se dispongan, los cuales pueden ser específicos en el desarrollo de actividades precisas o puede haber uno general que involucre el total de actividades que se pueden desarrollar en el marco del objeto social de la empresa. En caso de huelga, las empresas no pueden obligar al trabajador en misión a desarrollar su labor.

Conclusiones

Durante los últimos 2 siglos, la humanidad ha asistido a lo que se puede reconocer como una acelerada transformación de las condiciones de los trabajadores, tanto en sus relaciones contractuales versus quienes requieren de su mano de obra, así como en los cuerpos institucionales. Estos últimos son los encargados de regular las condiciones que supeditan las relaciones, definidas en el marco de este tránsito, sobre la base de lo que en la historia económica moderna se ha bautizado como relaciones sociales de producción.

La sociedad colombiana no ha escapado de la participación en el desarrollo y transformación de su fuerza productiva, sobre la base de un diseño jurídico-institucional, en el contexto de la fricción social entre quienes piden condiciones de contratación, conforme a las posibilidades reales de los empresarios para asumir los distintos costos laborales y, su contraparte en la balanza, los trabajadores sindicalizados y los demás grupos de presión social que han buscado reivindicar los derechos de los trabajadores. Lo último, a partir de la consideración sobre la

existencia de unos mínimos que no pueden ser ponderados al arbitrio de la búsqueda de maximización económica productiva.

El escenario al que puede llevar toda política encaminada a la mejora productiva de la economía, en detrimento de las condiciones esenciales de subsistencia y vida digna que le son inherentes a la persona trabajadora, es el fundamento central de toda reivindicación asociada al derecho de los trabajadores, tal y como lo ha planteado la Corte Constitucional. Bajo el precepto de dignidad que se le asigna a toda persona, se ha extendido esta prerrogativa al ámbito del derecho al trabajo digno, cuyas condiciones implican la estabilidad laboral de las personas o, de otra manera, la reducción al máximo de las contingencias asociadas a la incertidumbre e inseguridad del trabajador para permanecer en su cargo.

De lo anterior, lo que se puede identificar en la literatura que ha trabajado el tema es la tensión que emerge en el diseño jurídico-institucional de formas de tercerización e intermediación laboral, las cuales, en todo su conjunto, van evidentemente en detrimento de las condiciones de calidad del empleo que se proyectan como necesarias para garantizar la empleabilidad digna de los trabajadores en Colombia. Sobre este aspecto se establece que, en efecto, durante los últimos años en Colombia, se ha dado en el mercado laboral cada vez un mayor uso de las distintas formas de tercerización e intermediación laboral, aun cuando se han limitado aspectos de las mismas, como la contratación vía CTA, que parecía aumentar en su uso como figura contractual en el mercado laboral.

En este sentido, el desarrollo de actividades de intermediación laboral ha tenido, desde la década de los noventa, un desarrollo normativo que ha conducido a una mayor caracterización de estas. Lo anterior, en concordancia con los aspectos de Derecho Laboral consignados en la normatividad que las desarrolla, considerando en especial medida aquellos dispuestos en la Constitución Política de 1991.

Este capítulo se trabajó en la vía de identificar la posible vulneración de los derechos constitucionales de los trabajadores en Colombia, a través de la figura que le apuesta a la flexibilidad del empleador para contratar y se evidenció que, si bien en la actualidad sale avante la protección de los derechos inalienables de los trabajadores en el sentido de su estabilidad laboral, no sucede lo mismo con la calidad del empleo.

Por lo anterior, y en reconocimiento de la facilidad que brinda la figura de la intermediación laboral para la contratación de personal, se plantea que esta no sea

extinta de los modelos de contratación de personal en la legislación colombiana, empero, y ante el eventual detrimento de la estabilidad del empleo del trabajador o la dignidad que subyace al desarrollo de la actividad laboral, se podría plantear el uso restringido de la misma, sea porque así lo defina la normatividad o porque exista un comportamiento ético por parte del empleador para hacer uso excepcional de esta.

En consecuencia, y apelando al ideal de brindar empleos de calidad en el país, se considera que se debe generar, en quien contrata, una responsabilidad normativa -aunque allí no se debe agotar todo el ejercicio-, ética y de compromiso con el bienestar de los trabajadores. Lo dicho, en la línea de lo que las organizaciones definen a título de responsabilidad social, por medio de la cual estas se comprometen a la generación de mejores escenarios de relación social, tanto con su entorno, como con las personas que trabajan en su interior.

Bibliografía

Iranzo, Consuelo; Marcia de Paula Leite. "La subcontratación laboral en América Latina" En *Teorías sociales y estudios del trabajo: nuevos enfoques*, coordinado por Enrique Garza Toledo. México: Anthropos Editorial- UAM.

Ostau de Lafont, Francisco. *La libertad sindical en el mundo del trabajo en Colombia*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017.

Pardo Martínez, Luz y María Huertas de Mora. "La historia del cooperativismo en Colombia: hitos y periodos". *Cooperativismo & Desarrollo* 22, No 104, (2014) 21-33.

Salazar Bustamante, Alina. "Bienestar e inequidad: dos caras del cooperativismo de trabajo asociado". *Revista Lebret*, No. 2 (2010): 239-362.

Valero, Óscar. *Régimen de pensiones en las convenciones colectivas de trabajo*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2016.

Vesga Rodríguez, Juan. "Los tipos de contratación laboral y sus implicaciones en el contrato psicológico". *Pensamiento Psicológico* 9, No. 16(2011): 171-182.

UNIVERSIDAD CATÓLICA
de Colombia
Vigilada Mineducación

Editado por la Universidad Católica de Colombia en junio de 2018, impreso en papel propalibros de 75 g, en tipografía Times New Roman, tamaño 11 pts.

Publicación digital
Hipertexto Ltda.

Impreso por:
Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A

Sapientia aedificavit sibi domum

Bogotá, D. C., Colombia

COLECCIÓN JUS LABORAL

Derecho Laboral en Colombia

8

Las dinámicas laborales son altamente cambiantes, dependen de los contextos sociales, económicos, políticos y culturales en los que se desarrollan. Por lo tanto, requieren la implementación de cambios progresivos que aseguren tanto la adaptación de los mercados como la garantía de los derechos de los trabajadores, permitiendo una dinámica de equilibrio social y garantía de una coordinación económica que resulte justa para una sociedad como la colombiana.

Este equilibrio social requiere adecuar los postulados del Derecho Laboral con las necesidades de una economía globalizada como la que se tiene actualmente, de manera que no se desconozcan las luchas que han emprendido los trabajadores por lograr condiciones dignas y justas en el desarrollo de su actividad.

En este sentido, el esfuerzo académico del cual surge esta obra es de especial importancia, pues permite un espacio de reflexión sobre estas temáticas, y analiza varios postulados de gran interés para el estudio y desarrollo de las relaciones laborales.

UNIVERSIDAD CATÓLICA de Colombia
Vigilada Mineducación

ISBN 978-958-5456-30-3